

Der Beliehene

Ein Beitrag zur Verflechtung von öffentlichem und privatem Recht

Rüdiger Michaelis

1969

Der Beliehene

Ein Beitrag zur Verflechtung von öffentlichem und privatem Recht

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät der**

Westfälischen Wilhelms - Universität zu Münster

vorgelegt von

Rüdiger Michaelis

aus Brunn

1 9 6 9



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. G. Uber
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff
Dekan: Prof. Dr. W. Stree
Tag der mündlichen Prüfung: 8. November 1969

Meinen Pflegeeltern
Dr. Franz Fertl und Frau Melitta
in Dankbarkeit zugeeignet

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
Einleitung	1
<u>1. Teil: Grundlagen der Beleihung</u>	6
§ 1. Begriff und Wesen der Beleihung	6
I. Derzeitiger Stand der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung	6
1. Begriff der Beleihung	6
2. Wesen und Funktion der Beleihung	7
3. Sinn und Zweck der Beleihung	10
4. Ergebnis	11
II. Entwicklung einer eigenen Begriffsbildung	13
1. Subjekt der Beleihung	13
2. Umfang der Beleihung; sachliche Verbindung von beliehenen Aufgaben und privater Eigen- tätigkeit	14
3. Begriffliche Grundlegung für den Gegenstand der Beleihung	16
a. Vermischung der Begriffe "öffentliche Auf- gaben" und "staatliche Aufgaben"	16
b. Abgrenzung der Begriffe	17
aa. Ansicht von H. Peters	17
bb. Ansicht von H.H. Klein	18
cc. Kritik	19
c. Eigener Abgrenzungsversuch	21
4. "Öffentliche Aufgaben" kein Gegenstand der Beleihung	28
a. Rechtswirklichkeit	29
b. Art. 2 I, 12 I GG	30
c. Subsidiaritätsprinzip	32
d. Ergebnis	33
5. "Spezifisch staatliche Funktionen" als Gegenstand der Beleihung	34
a. Problematik des Begriffs der Staatsfunk- tionen für den Beleihungsbegriff	34
b. Ausgrenzung des Beleihungsgegenstandes aus der Gesamtheit der materiellen Staats- funktionen	36
aa. Die Gesetzgebung	36

bb. Exkurs: Zweifelsfälle der Ausübung von Normativfunktionen durch Private	42
(a) Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen	42
(b) Abschluß von Tarifverträgen	43
(c) Abschluß von Betriebsvereinbarungen	46
(d) Aufstellen technischer Normen	47
cc. Die Rechtsprechung	53
dd. Exkurs: Zweifelsfälle der Ausübung rechtsprechender Gewalt durch Private	55
(a) Private Schiedsgerichtsbarkeit	55
(b) Verhängung von Vereins- und Betriebsstrafen	57
ee. Die spezifisch staatliche Verwaltung	61
III. Zusammenfassung und eigene Begriffsbestimmung des Beliehenen	65
§ 2. Abgrenzung der Beleihung von verwandten Rechtsinstituten	70
I. Beleihung und Berufszulassung (Erlaubnis, Genehmigung etc.)	70
II. Beleihung und sog. echte Konzession	72
III. Beleihung und staatliche Indienstnahme Privater	78
IV. Beleihung und staatlich gebundener Beruf	85
V. Beleihung und Beamtenverhältnis	87
VI. Beleihung und Übertragung spezifisch staatlicher Aufgaben auf öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften	88
§ 3. Vorkommen der Beleihung nach geltendem Recht	90
I. Fleischbeschautierärzte, Fleischbeschauer und Trichinenbeschauer	90
II. Lebensmittel- und Weinkontrolleure	93
III. Amtlich anerkannte Sachverständige und Prüfer im Fahrerlaubnis-Prüfungsverfahren und bei der Kraftfahrzeugüberwachung	95
IV. Bezirksschornsteinfegermeister als Feuerstätten-schauer	102
V. Kapitäne, in Sonderfällen der Erste Offizier des Deckdienstes oder der Alleinsteuermann	105

VI. Luftfahrzeugführer und Luftaufsichtsbeauftragte	106
VII. Bedienstete im Privatbahn-Polizeidienst	107
VIII. Bauunternehmer gem. § 3 III a 2 (1. Halbsatz) StVO	109
IX. Jagdschutzberechtigte (Jagdausübungsberechtigte und bestätigte Jagdaufseher)	111
X. Feld- und Forsthüter	113
XI. Amtlich verpflichtete Fischereiaufseher	114
XII. Börsenvorstände	114
XIII. Beauftragte Personen iSd § 4 II 2. VerstromG	115
XIV. Notare und Notariatsverweser im Rahmen der Beurkundungstätigkeit und der Eidesabnahme	116
XV. Schiedsmänner im Rahmen der Ausübung der Rechte von Beamten	120
XVI. Träger staatlich anerkannter Privatschulen im Rahmen der Leistungsbewertung	122
§ 4. Stellung des Beliehenen in der Staatsorganisation	127

2. Teil: Rechtsfragen der Beleihung 131

§ 5. Vollzug und Beendigung der Beleihung 131

I. Rechtsnatur des Beleihungsaktes 131

1. Inhaltliche Qualifizierung des Beleihungsaktes 131
2. Formen der Beleihung 135
 - a. Gesetzliche Beleihung 136
 - b. Administrative Beleihung 137
 - aa. Beleihung durch Verwaltungsakt 137
 - bb. Beleihung durch Vertrag 138

II. Beendigung der Beleihung 141

1. Beendigung durch Erlöschen 142
2. Beendigung durch Aufhebung des Beleihungsaktes 143
3. Beendigung durch Verzicht des Beliehenen 147

§ 6. Verfassungsrechtliche Schranken der Beleihung	148
I. Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG	148
II. Vorbehalt des Gesetzes	151
III. Staatsaufsicht über den Beliehenen	154
§ 7. Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und dem Beliehenen	159
I. Anspruch Privater auf Beleihung	159
II. Zulässigkeit einer Zwangsbeleihung	167
III. Eigentumsschutz und Beleihung	176
IV. Innenverhältnis Staat - Beliehener	182
V. Rechtsschutz des Beliehenen	184
1. Rechtsschutz des Privaten gegen eine Beleihung	184
2. Rechtsschutz des Beliehenen im Rahmen des Beleihungsverhältnisses	186
§ 8. Rechtsbeziehungen zwischen dem Beliehenen und Dritten	189
I. Rechtliche Qualifizierung der Maßnahmen des Beliehenen	189
II. Gesetzmäßigkeit des Handelns des Beliehenen	194
III. Grundrechtsbindung des Beliehenen	195
IV. Haftung des Beliehenen	200
V. Zulässigkeit der Stellvertretung	206
VI. Rechtsschutz des Dritten gegenüber dem Beliehenen	208
Zusammenfassung und Schluß	211

S c h r i f t t u m

- Antoniolli, Walter Allgemeines Verwaltungsrecht
Wien 1954
- Apelt, Willibalt Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Leipzig 1920
- Arendt, Karlheinz Übertragung nicht-hoheitlicher Aufgaben?
in: DV 1949, 147 - 149
- Arndt, Adolf Umwelt und Recht
in: NJW 1965, 26 - 28
- Arning, Günther Aufgaben und Befugnisse der Technischen
Ausschüsse im Bereich der überwachungs-
bedürftigen Anlagen - früher und heute
in: ArbS 1959, 258 - 262
- Bachof, Otto Verwaltungsakt und innerdienstliche
Weisung
in: Verfassung und Verwaltung in Theorie
und Wirklichkeit. Festschrift für Wil-
helm Laforet, S. 285 - 316
München 1952
- Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht:
gelöste und ungelöste Probleme
in: DÖV 1953, 417 - 424
- Begriff und Wesen des sozialen Rechts-
staates (Mitbericht auf der Tagung der
deutschen Staatsrechtslehrer zu Bonn 1953)
in: VVDStRL 12 (1954), 37 - 84
- Teilrechtsfähige Verbände des öffentli-
chen Rechts. Die Rechtsnatur der Techni-
schen Ausschüsse des § 24 der Gewerbe-
ordnung
in: AöR Bd. 83 (1958), 208 - 279
- Freiheit des Berufs
in: GR III/1 (1958), 155 - 265
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Ver-
fahrensrecht in der Rechtsprechung des
Bundesverwaltungsgerichts, Band II
(zitiert: Bachof II)
Tübingen 1967
- Badura, Peter Das Verwaltungsmonopol
Berlin 1963
- Ballerstedt, Kurt Grundprobleme des Rechtes der Konzes-
sionsabgaben
in: BB 1958, 125 - 131

- Ballerstedt, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht
in: GR III/1 (1958), 1 - 90
- Balser, Heinrich Der öffentliche Dienst privater Betriebe.
Eine rechtswissenschaftliche Diagnose als
Beitrag zur Entwicklung eines sozialen
Gemeinrechts
in: Technik und Recht
1. Bd., S. 78 - 151
Darmstadt 1950
- Öffentlicher Dienst privater Betriebe
in: Festschrift für Friedrich List,
S. 172 - 203
Baden - Baden 1957
- Barbey, Günther Rechtsübertragung und Delegation. Eine
Auseinandersetzung mit der Delegations-
lehre Heinrich Triepels
Diss. Münster 1962
- Bartholomeyczik, Horst Elektrizitäts-, Gas- und Wasserwirtschaft
in: WK Teil C IX/1
Frankfurt/M. 1950
- Bauer, Marianne Zur Frage der Haftung der "Arbeg"
in: VEnergR 5, 53 - 85
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung
28. Aufl.
München/Berlin 1965
- Baumbach-Schwab Schiedsgerichtsbarkeit
2. Aufl.
München/Berlin 1967
- Baur, Fritz Betriebsjustiz
in: JZ 1965, 163 - 167
- Becker, Erich Verwaltungsrecht und Verwaltungsrecht-
sprechung
Bericht auf der Tagung der deutschen
Staatsrechtslehrer zu Hamburg 1955
in: VVDStRL 14 (1956), 96 - 135
- Die Selbstverwaltung als verfassungs-
rechtliche Grundlage der kommunalen
Ordnung in Bund und Ländern
in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft
und Praxis
Herausgeg. v. Hans Peters,
1. Bd.: Kommunalverfassung, S. 113 - 184
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1956
- Verwaltungsaufgaben
in: Verwaltung. Eine einführende Darstel-
lung. Herausgeg. v. Fritz Morstein Marx
S. 187 - 214
Berlin 1965

- Beling, Ernst von Zulässigkeit der gerichtlichen Ausschließung des Wahlverteidigers wegen Verdachts der Begünstigung?
in: LZ 1927, 518 - 519
- Bettermann, Karl August Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung
in: DÖV 1954, 299 - 305
- Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung
in: Festschrift für Friedrich Lent, S. 17 - 42
München/Berlin 1957
- Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzlichen Richter
in: GR III/2 (1959), 523 - 642
- Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit
in: GR III/2 (1959), 779 - 908
- Biedenkopf, Kurt H. Grenzen der Tarifautonomie
Karlsruhe 1964
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung
Berlin 1964
- Bogs, Walter Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialstaat
in: RdA 1956, 1 - 9
- Böttger, Wilhelm Begriff und Bedeutung der Eisenbahnkonzession
in: Festschrift für Friedrich List, S. 24 - 31
Baden - Baden 1957
- Bötticher, Eduard Inwieweit sichern die Art. 112 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg?
in: ZZP 51 (1926), 201 - 232
- Bouska, Wolfgang Die rechtliche Stellung der Zulassungs- und Überwachungsorgane des Straßenverkehrs
in: DAR 1964, 145 - 152
- Brammen, Kurt Die Ausdehnung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie auf Rechte des öffentlichen Rechts
Diss. Münster 1968

- Brand, Jürgen Die Rechtsstellung des Beliehenen
Diss. Münster 1953
- Brinkmann, Karl Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz für
die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai
1949
Bonn 1967
- Brune, Erwin Der Rechtscharakter der Nutzungsverhält-
nisse bei der Personenbeförderung im
Linienverkehr
Diss. Münster 1959
- Brunn, J.H. von Die formularmäßigen Vertragsbedingungen
der deutschen Wirtschaft
2. Aufl.
Köln/Berlin 1956
- Bucher, Eugen Das subjektive Recht als Normsetzungs-
befugnis
Tübingen 1965
- Bühler, Ottmar Zur Theorie des subjektiven öffentlichen
Rechts
in: Festgabe für Fritz Fleiner, S. 26 - 58
Tübingen 1927
- Bullinger, Martin Die Selbstermächtigung zum Erlaß von
Rechtsvorschriften
Heidelberg 1958
- Staatsaufsicht in der Wirtschaft
(Mitbericht auf der Tagung der deutschen
Staatsrechtslehrer zu Saarbrücken 1963)
in: VVDStRL 22 (1965), 264 - 328
- Bülow, Arthur Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August
1959. Erläuterungsbuch für die Praxis
Berlin-Lichterfelde/Frankfurt/M. 1959
- Burger, Friedrich Artikel 33 Grundgesetz und die sogenannten
staatlich gebundenen Berufe
Diss. Marburg 1967
- von Busch-Trabandt Das Recht der überwachungsbedürftigen
Anlagen. Erläuterung zu den §§ 24 - 24 d
der Gewerbeordnung
Köln/Berlin 1955
- Cantner, Walter Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch
private Unternehmer
Diss. Tübingen 1932
- Conradi, Brigitte Die Mitwirkung außerstaatlicher Stellen
beim Erlaß von Rechtsverordnungen
Diss. Heidelberg 1962

- Dagtoglou, Prodromos Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter
Heidelberg 1964
- Depenbrock, Johannes Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft
München/Berlin 1961
- Dietz, Rolf Betriebsverfassungsgesetz
4. Aufl.
München/Berlin 1967
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - der Länder und des Bundes
7. Aufl.
Berlin/Köln/München/Bonn 1961
- Dürig, Günter Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff!
in: JZ 1954, 4 - 12
- Anmerkung zum Urteil des BSG vom 19.3.1957
in: JZ 1958, 22 - 24
- Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger
in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt, S. 13 - 56
München/Berlin 1958
- Echterhölter, Rudolf Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis
in: JZ 1956, 142 - 146
- Eichert-Wiersdorff, Curt Gesetz über den Verkehr mit Zucker vom 1.1.1951 (mit Erläuterungen)
Bonn 1951
- Eiselt, Gerhard Die Rechtsnatur von Versetzungs- und Prüfungsentscheidungen anerkannter Privatschulen und die Befugnis der Schulaufsicht
in: RWS 1962, 1 - 5
- Eiser-Riederer-Sieder Energiewirtschaftsrecht
3. Aufl. (Loseblatt/Stand: 1. Nov. 1961)
München/Berlin
- Elle, Horst Über die Verantwortlichkeit der Zulassungsstelle einer deutschen Börse gegenüber dem Publikum
in: ZHR Bd. 128 (1966), 273 - 296
- Ennecerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
1. Halbbd., 15. Aufl.
Tübingen 1959
- Erman u.a. Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1. Bd., 4. Aufl.
Münster 1967

- Esser, Josef Schuldrecht
2. Aufl.
Karlsruhe 1960
- Evers, Hans-Ulrich Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit
in: NJW 1960, 2073 - 2076
- Verbände - Verwaltung - Verfassung
in: Der Staat Bd. 3 (1964), 41 - 60
- Verwaltung und Schule
(Bericht auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Kiel 1964)
in: VVDStRL 23 (1966), 147 - 198
- Verwaltungsrechtsweg und Aufnahme in eine anerkannte Privatschule - BVerwGE 17, 41
in: JUS 1967, 257 - 261
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar, 4. Aufl.
München/Berlin 1965
- Feyock, Georg Die Stellung des Notars im Rechtsleben
in: JurJb 1 (1960), 159 - 170
- Finger, Hans-Joachim Eisenbahngesetze
Erläuterte Textsammlung, 5. Aufl.
München/Berlin 1968
- Fischer, Robert Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen
in: BB 1957, 481 - 487
- Fischerhof, Hans Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung
in: DÖV 1957, 305 - 316
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts
8. Aufl.
Tübingen 1928 (2. Neudruck Aalen 1963)
- Floegel-Hartung Straßenverkehrsrecht
17. neubearbeitete Aufl. v. H. Jagusch
München 1968
- von Flotow-Lüdemann Milch- und Fettwirtschaftsrecht
Kommentar
Hildesheim o.J.
- Foerster, Hermann Können Hoheitsträger ihre Aufgaben auf Privatpersonen übertragen?
in: SKV 1967, 198 - 200

- Forsthoff, Ernst Stellung und Aufgabe der Technischen Überwachungs-Vereine insbesondere in ihrem Verhältnis zum Staat
in: Gutachten über die rechtliche Stellung der Technischen Überwachungs-Vereine.
Herausgegeben von der Vereinigung der Technischen Überwachungs-Vereine e.V.,
S. 7 - 28
Essen 1952
- Verfassungsprobleme des Sozialstaates
Münster 1954
- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung
Stuttgart 1959
- Die Technische Überwachung im Spannungsfeld zwischen Staat und Wirtschaft
in: Technische Überwachung 1 (1960),
61 f.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1. Bd., Allgemeiner Teil
9. Aufl.
München/Berlin 1966
- Frantzen, Franz-Heinz Der beliehene Unternehmer nach geltendem Recht
Diss. Würzburg 1960
- Friauf, Karl-Heinrich Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt -
OVG Lüneburg, VerwRspr. 12 Nr. 6
in: JUS 1962, 422 - 427
- Friesenhahn, Ernst Über Begriff und Arten der Rechtsprechung
in: Festschrift für Richard Thoma,
S. 21 - 69
Tübingen 1950
- Fuhr, Eberhard Kommentar zur Gewerbeordnung (Loseblatt)
Neuwied 1960 ff.
- Fuß, Ernst-Werner Verwaltung und Schule
(Mitbericht auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Kiel 1964)
in: VVDStRL 23 (1966), 199 - 248
- Gaul, Dieter "Betriebsjustiz" als zulässige Konkurrenz der Rechtspflege?
in: Betr. 1965, 665 - 670
- Gause, Hermann Die öffentliche Indienstellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation
Diss. Kiel 1967
- Gerber, Hans Vom Begriff und Wesen des Beamtentums
in: AöR Bd. 57 (1930), 1 - 85
- Gerber, Walter Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form
Diss. Zürich 1928

- Gerth, Erich Die Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben durch juristische Personen des Privatrechts
in: DöD 1955, 2 - 6
- Das Recht des öffentlichen Dienstes
in: DöD 1955, 21 - 22
- Giere, Gustav Beaufsichtigung im Arbeitsvorgang
in: Verwaltung. Eine einführende Darstellung. Herausgeg.v. Fritz Morstein Marx
S. 315 - 330
Berlin 1965
- Gierke, Otto von Deutsches Privatrecht, 1. Bd.
Leipzig 1895
- Giese, Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl.
Tübingen 1952
- Giese-Himmel-Meyer Das Fleischbeschaugesetz vom 29. Oktober 1940 mit den dazugehörigen Verordnungen und Ausführungsbestimmungen
Kommentar, 2. Aufl.
Hannover 1952
- Giger, Hans Georg Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben
Bern 1951
- Glöggler, Hans Die verwaltungsrechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmens
Diss. Tübingen 1936
- Göppel, Helmut Die Zulässigkeit von Arbeitszwang nach Art. 12 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes
Diss. München 1967
- Göppert, Heinrich Die rechtliche Natur der Zulassung zum Börsenbesuch. Ein Beitrag zum Börsenverwaltungsrecht
Berlin 1931
- Das Recht der Börsen. Ein Beitrag zum Verwaltungsrecht
Berlin 1932
- Götz, Volkmar Recht der Wirtschaftssubventionen
München/Berlin 1966
- Greß, Josef Hoheitliche Verwaltung durch juristische Personen des Privatrechts
in: SKV 1967, 122 - 128
- von der Groeben/Knack Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz)
Kommentar
Köln/Berlin/Bonn/München 1968

- Gruenhagen, Werner Die Rechtsstellung des öffentlichen oder beliehenen Unternehmers im Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 4.12.1934
Diss. Königsberg 1939
- Haas, Diether Bundesgesetz über Organisation und Verfahren der Landesbehörden
in: AöR Bd. 80 (1955/56), 81 - 101
- Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich
in: DVBl. 1960, 303 - 308
- Hamann, Andreas Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung
Heidelberg 1953
- Autonome Satzungen und Verfassungsrecht
Heidelberg 1958
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl.
Neuwied/Berlin/Darmstadt 1960
- Kommentar zum Milch- und Fettgesetz
Hildesheim 1961
- Hammer, Wilm Technische "Normen" in der Rechtsordnung
in: MDR 1966, 977 - 981
- Harthun, Günter Zur Frage der Unverbindlichkeit von Verkehrsregelungsakten durch Kompetenzmängel
in: DAR 1961, 248 - 249
- Hartung, Fritz Handbuch des Schiedsmanns, 2. Aufl.
Köln/Berlin 1954
- Hartung-Jahn Die Schiedsmannsordnung und das hessische Schiedsmannsgesetz, 10. Aufl.
Köln/Berlin/Bonn/München 1965
- Haselau, Klaus Die Freiheit der Straße als Rechtsproblem. Rechtsnatur der Erlaubnisse und Genehmigungen in der Bundesrepublik Deutschland
Bad Godesberg 1960
- Hatschek, Julius Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts
7./8. Aufl., herausgeg. v. Paul Kurtzig
Leipzig 1931
- Haustein, W. Die Träger öffentlicher Verwaltung im Eisenbahnrecht
in: AöR Bd. 50 (1926), 100 - 133
- Heckel, Hans Umfang und Grenzen der Schulaufsicht
in: DÖV 1952, 617 - 621

- Heckel, Hans Deutsches Privatschulrecht
Berlin/Köln 1955
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.5.1961
in: DÖV 1961, 788 - 789
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.5.1961
in: RWS 1962, 16 - 17
- Heckel-Seipp Schulrechtskunde, 3. Aufl.
Neuwied/Berlin 1965
- Hegel, Hermann Zur persönlichen Haftung des Bezirksschorn-
steinfegermeisters
in: VersR 1962, 1039 - 1042
- Heinze, Christian Gesetz zur Sicherung des Steinkohlenein-
satzes in der Elektrizitätswirtschaft
Berlin/Frankfurt/M. 1967
- Hellingrath, W. von Anmerkung zum Urteil des AG Beckum vom
16.6.1960
in: DAR 1952, 30
- Helm, Georg Private Norm und staatliches Recht beim
Massenvertrag
in: JUS 1965, 121 - 129
- Hernritt, Hermann Grundlehren des Verwaltungsrechts
Tübingen 1921
- Herschel, Wilhelm Das Recht der überwachungsbedürftigen
Anlagen
in: BABl. 1955, 1030 - 1032
- Herzog, Roman Art.: "Beliehener Unternehmer"
in: Ev.StLK Sp. 145 - 146
- Art.: "Berufsfreiheit"
in: Ev.StLK Sp. 155 - 159
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundes-
republik Deutschland
2. ergänzte Aufl.
Karlsruhe 1968
- Heymann, Wilhelm Wesen und Notwendigkeit der öffentlichen
Anstalt
Berlin 1949
- Hieronimi, Hermann Lebensmittelgesetz
Kommentar, 2. Aufl.
München/Berlin 1959
- Weingesetz
Kommentar
München/Berlin 1958 (Ergänzungsband 1967)
- Hoffmann, Heinrich Die Verstaatlichung von Berufen
in: DVBl. 1964, 457 - 465

- Hohenester, Hermann Die Verbindlichkeit der an Straßenbaustellen angebrachten Gebots- und Verbotsschilden
in: NJW 1961, 1613 - 1615
- Unverbindlichkeit von Verkehrsregelungsakten durch Kompetenzmängel
in: DAR 1961, 190 - 192
- Zur Unverbindlichkeit von Verkehrsregelungsakten durch Kompetenzmängel
in: DAR 1961, 303
- Verkehrsregelung durch private Hand
in: BB 1962, 237 - 238
- Holling, Walter Verwaltung und Verwaltungsrecht
Berlin 1947
- Holthöfer-Juckenack-Nüse Deutsches Lebensmittelrecht, 1. Bd., 4. Aufl.
Berlin/Köln/München/Bonn 1961
- Holthöfer-Nüse Das Weingesetz, 2. Aufl.
Berlin/Köln 1958 (Ergänzungsband 1967)
- Höppner, Joachim Die Bedeutung des DVGW-Regelwerkes Gas, der Normen, Richtlinien und anderer Bestimmungen für die kommunale Gasversorgung
in: Kommunalwirtschaft 1966, 121 - 125
- Huber, Ernst-Rudolf Beliehene Verbände. Ein Beitrag zu den Rechtsformen des Wirtschaftsverwaltungsrechts
in: DVBl. 1952, 456 - 460
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd., 2. Aufl.
Tübingen 1953 (zitiert: E.R. Huber WiVR I)
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd., 2. Aufl.
Tübingen 1954 (zitiert: E.R. Huber WiVR II)
- Selbstverwaltung der Wirtschaft
Stuttgart 1958
- Hueck, Götz Die Betriebsvereinbarung
Münster/Köln 1952
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts
2. Bd., 1. Halbbd., 7. Aufl.
Berlin/Frankfurt 1967
- Imboden, Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Basel 1958
- Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung
Basel/Stuttgart 1962

- Ipsen, Hans Peter Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben
in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festschrift für Erich Kaufmann, S. 141 - 161
Stuttgart/Köln 1950
- Öffentliche Subventionierung Privater
Berlin/Köln 1956
- Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater. Erläutert am Modell des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1217)
in: AöR Bd. 90 (1965), 393 - 440
- Jacobi, Erwin Grundlehren des Arbeitsrechts
Leipzig 1927
- Jacobs, Alexander von Der öffentlich-rechtliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung
Münster 1963
- Jecht, Hans Die Öffentliche Anstalt
Berlin 1963
- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung
Freiburg 1887
(Neudruck Aalen 1964)
- System der subjektiven öffentlichen Rechte
Anastatischer Neudruck der Ausgabe von 1905
Tübingen 1919
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl.
Berlin 1928
(7. Neudruck Homburg v.d.Höhe 1960)
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., unveränderter Neudruck
Offenburg 1948
- Jerusalem, Franz W. Grundriß des Verwaltungsrechts
Frankfurt/M. 1947
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung
Tübingen 1961
- Jezler, Christoph Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, insbesondere im Bund
Zürich 1967
- Jung, Hans Probleme des Widerrufsvorbehaltes
in DVBl. 1957, 708 - 711
- Kahler, Hildegard Delegation hoheitsrechtlicher Zuständigkeiten
Diss. Greifswald 1933

- Kaiser, Eberhard Die sogenannte Betriebsjustiz im Lichte der staatlichen Rechtspflege
in: BB 1966, 1107 - 1110
- Karlsbach, Werner Bundesrechtsanwaltsordnung und Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs
Kommentar
Köln 1960
- Kaufmann, Erich Art.: "Verwaltung, Verwaltungsrecht"
in: WBStVR III, 688 - 718
- Keidel, Theodor Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl.
München/Berlin 1967
- Kienapfel, Diethelm Betriebskriminalität und Betriebsstrafe
in: JZ 1965, 599 - 605
- Kimminich, Otto Rücknahme und Widerruf begünstigender Verwaltungsakte
in: JUS 1965, 249 - 259
- Klein, Friedrich Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht
in: Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat. Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Bd. 12, 7 - 78
Frankfurt/M. 1952
(zitiert: Friedr. Klein, Verordnungsermächtigungen)
- Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht
in: wie zuvor, S. 79 - 117
(zitiert: Friedr. Klein, Übertragung)
- Klein, H.H. Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe
in: DÖV 1965, 755 - 759
- Klinger, Hans Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
2. Aufl.
Göttingen 1964
- Koch, Hans-Jörg Das Weingesetz
Neustadt 1958
- Köhler, Johannes Die Überwachung elektrischer Einrichtungen auf dem Lande in Bayern. Eine Untersuchung der Rechtslage
München o.J., o.V.
- Köhler, Ludwig von Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts
2. unveränderter Neudruck
Stuttgart/Berlin 1936
- Köhler, Walter Grenzen der Vertragsfreiheit der Berufs- und Wirtschaftsverbände
in: BB 1952, 149 - 152

- Krüger, Herbert Das besondere Gewaltverhältnis (Bericht auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Mainz 1956)
in: VVDStRL 15 (1957), 109 - 132
- Rechtsetzung und technische Entwicklung
in: NJW 1966, 617 - 624
- Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl.
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1966
- Krüger, Hildegard Anmerkung zum Urteil des BAG vom 15.1.1955
in: NJW 1955, 684 - 686
- Küchenhoff, G. u. E. Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl.
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967
- Kuhne, Fritz Das Problem der Delegation und der Subdelegation von Kompetenzen der Staatsorgane
Aarau 1941
- Kullmann, H.J. Sind Privatschulen "Behörden" und ihre schulischen Entscheidungen Verwaltungsakte?
in: DÖV 1959, 569 - 570
- Kürzel, Otto Die Rechtsstellung des Bezirksschornsteinfegermeisters
in: DWW 1963, 184 - 189
- Laforet, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht
München 1937
- Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler Gewerbeordnung, Kommentar, 12. Aufl.
(Loseblatt/Stand: Februar 1967)
München/Berlin
- Lauscher, Carl Wilhelm Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Gemeindeverbände
Diss. Münster 1968
- Lechner, Hans Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Kurz-Kommentar, 2. Aufl.
München/Berlin 1967
- Lehmann, Bruno Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
in: DV 1948, 101 - 103, 133 - 137
- Leibholz-Rinck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2. Aufl.
Köln/Marienburg 1966 (Nachtrag 1968)
- Leibholz-Rupprecht Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Rechtsprechungskommentar
Köln/Marienburg 1968

- Leisner, Walter Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit
-BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil)
in: JUS 1962, 463 - 471
- Werbefernsehen und Öffentliches Recht.
Ein Beitrag zur Problematik der öffentli-
chen Aufgabe sowie zu Grundlagen und Gren-
zen fiskalischer Staatstätigkeit
Berlin 1967
- Öffentliches Amt und Berufsfreiheit
in: AöR Bd. 93 (1968), 161 - 199
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassung
Köln/Berlin/München/Bonn 1961
- List, Friedrich Energierecht, 2. Aufl.
Wiesbaden 1952
- Verwaltungsrecht technischer Betriebe
2. Aufl.
Baden-Baden 1955
- Loening, Hellmuth Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat
in: DV 1949, 85 - 90
- Löns, Heinz Feld- und Forstschutzgesetz für Nordrhein-
Westfalen, Kommentar
Siegburg 1964
- Löw, Konrad Fiskalgeltung der Grundrechte?
in: DÖV 1957, 879 - 881
- Ludwig-Cordt-Stech Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasser-
versorgung
Kommentar (Loseblatt/Stand: Okt. 1965)
Frankfurt/M.
- Lüke, Gerhard Die Rechtsstellung des vertraglich ver-
pflichteten Unternehmers nach dem Tier-
körperbeseitigungsgesetz
in: DÖV 1955, 432 - 435
- Lukes, Rudolf Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen
in: JUS 1961, 301 - 308
- Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung
(Bericht auf der Tagung der deutschen Staats-
rechtslehrer zu Köln 1964)
in: VVDStRL 19 (1961), 165 - 207
- Mang-Maunz-Mayer- Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern
Obermayer 2. Aufl.
München 1964
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz
Bd. I, 2. Aufl., unveränderter Nachdruck
Berlin/Frankfurt/M. 1966

- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz
Bd. II, 2. Aufl.
Berlin/Frankfurt/M. 1964
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl.
München 1968
- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz
Kommentar (Loseblatt/Stand: März 1969)
München/Berlin
- Maunz-Sigloch-
Schmidt/Bleibtreu-Klein Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Kommentar (Loseblatt/Stand: 1967)
München/Berlin
- Mayer, F.F. Grundsätze des Verwaltungsrechts
Tübingen 1862
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht
2. Bd., 3. Aufl.
München/Leipzig 1924
- Mayer, Richard Struktur und Wandlungen des Eisenbahn-
rechtes
in: DÖV 1950, 420 - 424
- Menger,
Christian-Friedrich Zur verfassungsrechtlichen Stellung der
deutschen politischen Parteien
in: AöR Bd. 78 (1952/1953), 149 - 162
- System des verwaltungsgerichtlichen Rechts-
schutzes
Tübingen 1954
- Der Schutz der Grundrechte in der Verwal-
tungsgerichtsbarkeit
in: GR III/2 (1959), 717 - 778
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht
in: VerwArch. Bd. 53 (1962), 275 - 235
Bd. 55 (1964), 275 - 287
Bd. 56 (1965), 81 - 96
- Mennacher, Hubert Begriffsmerkmale und Rechtsstellung des
mit öffentlicher Gewalt beliehenen Hoheits-
trägers des Privatrechts (Beliehene Private)
Diss. München 1963
- Merk, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd.
Berlin 1962
- Meyer-Bremer Börsengesetz, 4. Aufl.
Berlin 1957
- Meyer/Cording, Ulrich Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im Rechts-
staat
in: NJW 1966, 225 - 231

- Moelle-Siegert-Musielak Das Recht des Schornsteinfegerhandwerks
6. Aufl.
Darmstadt 1965
- Müller, Fritz Rechtsstellung und bürgerrechtliche Haftung
des Technischen Überwachungs-Vereins und
seiner Ingenieure im Kraftfahrwesen
in: Gutachten über die rechtliche Stellung
der Technischen Überwachungs-Vereine. Her-
ausgeg. von der Vereinigung der Technischen
Überwachungsvereine e.V., S. 29 - 36
Essen 1952
- Straßenverkehrsrecht
Großkommentar der Praxis, 21. Aufl.
Berlin 1959
- Müller, Herbert F. Die Problematik eines "Rechts der Technik"
und der Monopolsituation in der Energie-
versorgung
in: Festschrift für Friedrich List, S. 107-119
Baden-Baden 1957
- Münch, Ingo von Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiari-
tätsprinzip
in: JZ 1960, 303 - 306
- Der Widerrufsvorbehalt im Verwaltungsrecht
in: JZ 1964, 53 - 57, 121 - 127
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl.
Stuttgart 1949
- Nickusch, Karl-Otto Die Normativfunktion technischer Ausschüsse
und Verbände als Problem der staatlichen
Rechtsquellenlehre
Diss. München 1964
- § 330 StGB als Beispiel für eine unzulässig-
e Verweisung auf die Regeln der Technik
in: NJW 1967, 811 - 813
- Nicolaysen, Gert Eigentumsgarantie und vermögenswerte subjek-
tive öffentliche Rechte
in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack,
S. 107 - 123
Hamburg 1966
- Nikisch, Arthur Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.
Tübingen 1952
- Arbeitsrecht, 2. Bd., 2. Aufl.
Tübingen 1959 (zitiert: Nikisch II)
- Arbeitsrecht, 3. Bd., 2. Aufl.
Tübingen 1966 (zitiert: Nikisch III)
- Nipperdey, Hans Carl Die Würde des Menschen
in: GR II (1954), 1 - 50

- Obermayer, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstlicher
Rechtsakt
Stuttgart/München/Hannover 1956
- Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im
Bereich der Verwaltungsbehörden
in: JZ 1956, 625 - 630
- Das Bundesverfassungsgericht und der Vor-
behalt des Gesetzes
in: DVBl. 1959, 354 - 358
- Grundzüge des Verwaltungsrechts und des
Verwaltungsprozeßrechts
Stuttgart/München/Hannover 1964
- Ossenbühl, Fritz Die Rücknahme von Wohngeldbescheiden und
die Rückforderung gezahlter Wohngelder
in: DÖV 1967, 246 - 254
- Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der
Verweisung als Mittel der Gesetzgebungs-
technik
in: DVBl. 1967, 401 - 408
- Otto, W. Der Beamte als Träger der Staatshoheit
in: ZBR 1956, 233 - 244
- Pagenkopf, Hans Einführung in die Kommunalwissenschaft
2. Aufl.
Münster 1960
- Pentzlin, Kurt Art.: "Rationalisierung"
in: HDSW Bd. 8, S. 676 - 683
- Perschel, Wolfgang Staatliche Schulaufsicht und kommunale
Selbstverwaltung nach dem Grundgesetz
in: RWS 1962, 101 - 109
- Die öffentlichen Aufgaben anerkannter Er-
satzschulen und der Verwaltungsrechtsweg
in: RWS 1964, 321 - 330
- Petermann, Martin Die Grenzen der Mitwirkung der privaten
Verbände bei der Durchführung öffentlicher
Aufgaben
Winterthur 1960
- Peters, Hans Die Sitzungsgewalt innerstaatlicher Ver-
bände
in: HbDStR II, 264 - 274
- Lehrbuch der Verwaltung
Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949
- Die staatsrechtliche Ermächtigung
in: Deutsche Landesreferate zum III. Inter-
nationalen Kongreß für Rechtsvergleichung
in London 1950, S. 840 - 857
Berlin/Tübingen 1950

- Peters, Hans Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule
in: GR IV/1 (1960), 369 - 445
- Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?
in: Verfassungsrecht und Verfassungswirk-
lichkeit. Festschrift für Hans Huber,
S. 206 - 221
Bern 1961
- Veränderung der Bezirke der Technischen
Überwachungsvereine durch staatlichen
Hoheitsakt (Rechtsgutachten)
o.O. 1963
(zitiert: Rechtsgutachten)
- Öffentliche und staatliche Aufgaben
in: Festschrift für H.C. Nipperdey
2. Bd., S. 877 - 895
München/Berlin 1965
- Peters-Ossenbühl Die Übertragung von öffentlich-rechtlichen
Befugnissen auf die Sozialpartner unter be-
sonderer Berücksichtigung des Arbeitszeit-
schutzes
Berlin/Frankfurt/M. 1967
- Potschter, O. Wesen und Recht der Konzession (Verleihung)
in Deutschland und Sowjetrussland
Jena 1928
- Post, G. Über die Autonomie. Ihre Grundlagen und
Grenzen
in: NJW 1955, 1463 - 1465
- Ramm, Thilo Die Rechtsnatur des Tarifvertrages
in: JZ 1962, 78 - 83
- Rasch, Ernst Die Festlegung und Veränderung staatlicher
Zuständigkeiten (Delegation, Mandat, Aus-
füllung von Rahmenbestimmungen)
in: DÖV 1957, 337 - 339
- Die Behörde, Begriff, Rechtsnatur, Errich-
tung, Einrichtung
in: VerwArch. Bd. 50 (1959) 1 - 41
- Redeker-von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl.
Stuttgart 1965
- Renck, Ludwig Die Rechtsnatur von Verkehrsregelungen
durch Verkehrszeichen - BGHSt 20, 125
in: JUS 1967, 545 - 552
- Rentschler, Ruth Art. 34 GG und die Gesetzgebung
in: DÖV 1956, 207 - 209
- Reuß, Hermann Anmerkung zu den Urteilen des BVerwG vom
10.5.1955
in: NJW 1955, 1532 - 1533

- Reuß, Wilhelm Die Konzession. Rechtsnatur und Rechts-
fragen
in: Staats- und Selbstverwaltung
Bd. 7 (1926), 375 ff., 413 ff.
- Selbstverwaltung der Wirtschaft
in: BB 1949, 276 - 278
- Verfassungsrechtliche Grundsätze zum Orga-
nisationsrecht der Wirtschaft
in: DVBl. 1953, 684 - 687
- Die Organisation der Wirtschaft
in: GR III/1 (1958), 91 - 153
- Die Rechtsstellung des Stellvertreters des
Bezirksschornsteinfegermeisters
in: DVBl. 1962, 471 - 476
- Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit pri-
vatrechtlichen Gestaltungsmitteln
in: Staatsbürger und Staatsgewalt
2. Bd., S. 255 - 292
Karlsruhe 1963
- Reuß u.a. Wirtschaftsverwaltungsrecht I
Köln/Berlin/Bonn/München 1963
- Reuß-Chorvat Wirtschaftsverfassung, Allgemeine Wirt-
schaftsverwaltung, Organisationsrecht
der Wirtschaft
Köln/Berlin/Bonn/München 1964
- Reuter, A. Sind Privatschulen "Behörden" und ihre
schulischen Entscheidungen Verwaltungsakte?
in: BayVBl. 1959, 409 - 410
- Reuter, Fritz Handbuch der Rationalisierung, 2. Aufl.
Berlin/Wien 1930
- Richter, Iutz Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt
(Bericht auf der Tagung der deutschen
Staatsrechtslehrer zu Frankfurt/M. 1929)
in: VVDStRL 6 (1929), 69 - 104
- Rinck, Gerd Wirtschaftsrecht
Köln/Berlin/Bonn/München 1963
- Römer, Gustav Notariatsverfassung und Grundgesetz
München/Berlin 1963
- Roemer, Walter Das Wertpapierbereinigungsgesetz
in: SJZ 1949, Sp. 602 - 617
- Rumpf, Helmut Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung
(Mitbericht auf der Tagung der deutschen
Staatsrechtslehrer zu Hamburg 1955)
in: VVDStRL 14 (1956), 136 - 173

- Rupp, Hans Heinrich Privateigentum an Staatsfunktionen?
Tübingen 1963
- Das Grundrecht der Berufsfreiheit.
Kritik an der Rechtsprechung des Bundes-
verfassungsgerichts
in: NJW 1965, 993 - 996
- Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts
zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der
Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1
GG?
in: NJW 1966, 2037 - 2040
- Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der
Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-
richts
in: AöR Bd. 92 (1967), 212 - 242
- Saage Anmerkung zum Bescheid des OVG Münster
vom 20.2.1959 und zum Beschluß des OVG
Münster vom 27.2.1959
in: DNotZ 1959, 439 - 443
- Salzwedel, Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des
öffentlich-rechtlichen Vertrages
Berlin 1958
- Staatsaufsicht in der Verwaltung
(Bericht auf der Tagung der deutschen
Staatsrechtslehrer zu Saarbrücken 1963)
in: VVDStRL 22 (1965), 206 - 263
- Schack, Friedrich Die Verlagerung der Gesetzgebung im gewal-
tenteilenden Staat
in: Festschrift für Karl Haff, S. 332 - 359
Innsbruck 1950
- Schäfer, Karl-Wilhelm Das Recht der Regeln der Technik
Diss. Köln 1965
- Schaps-Abraham Das deutsche Seerecht
3. Bd., 3. Aufl.
Berlin 1964
- Scheer, Bernhard Niedersächsisches Feld- und Forstrecht
Hamburg 1960
- Schelcher Die rechtliche Natur und die Wirkungen
der Eisenbahnkonzession in Sachsen, mit be-
sonderer Berücksichtigung der elektrischen
Eisenbahn
in: FischersZ 20 (1899), 1 - 5
- Scheuner, Ulrich Die staatliche Intervention im Bereich der
Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz
(Bericht auf der Tagung der deutschen Staats-
rechtslehrer zu Marburg 1952)
in: VVDStRL 11 (1954), 1 - 74

- | | |
|--|--|
| Scheuner, Ulrich | Das Grundrecht der Berufsfreiheit
in: DVB1. 1958, 845 - 849 |
| Schiedermaier, Rudolf | Der gesetzliche Richter im Verwaltungs-
prozeß
in: DÖV 1960, 6 - 16 |
| Schlochauer, H.-J. | Öffentliches Recht. Grundzüge des Bundes-
staatsrechts und des allgemeinen Verwal-
tungsrechts in der Bundesrepublik Deutsch-
land unter Berücksichtigung der Verbindun-
gen zum Völkerrecht
Karlsruhe 1957 |
| Schlutius, Wolfgang | Echte Konzession und öffentliches
Unternehmen
Diss. Jena 1934 |
| Schmidt/Bleibtreu-Klein | Kommentar zum Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland
Neuwied/Berlin 1967 |
| Schmidt/Rimpler-Gieseke
-Friesenhahn-Knur | Die Lohngleichheit von Männern und Frauen
in: AöR Bd. 76 (1950), 165 - 186 |
| Schneeberger, Albert | Kritische Betrachtungen zur nationalen
und internationalen Normung
Winterthur 1967 |
| Scholz, Rupert | Das Wesen und die Entwicklung der gemeind-
lichen öffentlichen Einrichtungen
Berlin 1967 |
| Schönke-Schröder | Strafgesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl.
München/Berlin 1967 |
| Schroeter-Hellich | Das Fleischbeschaugesetz nebst zusätzlichen
Verordnungen und Gesetzen (mit Erläuterungen)
Teil I, 7. Aufl.
Berlin/Hamburg 1960 |
| Schunck-de Clerck | Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar, 2. Aufl.
Siegburg 1967 |
| Schweikert, Wolfgang | Das beliebene öffentliche Unternehmen, ins-
besondere in seinem Verhältnis zum Staat und
dessen Aufsichtsbefugnissen
Diss. Tübingen 1959 (Maschinenschriftlich) |
| Sellien-Sellien | Dr. Gablers Wirtschafts-Lexikon
2. Bd. (L-Z), 6. Aufl.
Wiesbaden 1965 |
| Seybold-Hornig | Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961
4. Aufl.
Berlin/Frankfurt a.M. 1962 |

- Siebert, Wolfgang Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht
in: Festschrift für Hans Niedermeyer, S. 215 - 247
Göttingen 1953
- Technische Überwachungs-Vereine und Dampfkessel-Überwachungs-Vereine. Rechtsnatur, Identität und Rechtsnachfolge
Essen 1956
- Rechtsstellung und Haftung der Technischen Überwachungsvereine im Kraftfahrzeugprüfungswesen. Ein Beitrag zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht im Wirtschaftsrecht und zur Organstellung der Kraftfahr-Sachverständigen
Heidelberg 1957
- Siedentopf, Heinrich Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft
Stuttgart 1963
- Sieg, Karl Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrechts
in: AcP Bd. 151 (1950/1951), 246 - 261
- Sigloch, Gerhard Die Unternehmungen der öffentlichen Hand
Diss. Heidelberg 1929
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Bd., 9. Aufl.
Stuttgart 1959
- Sofsky Anmerkung zum Urteil des VG Kassel vom 21.9.1961
in: RWS 1962, 247 - 248
- Spahn, Franz-Josef Die Einschaltung der Kreditinstitute bei Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsgesetz (Zugleich ein Beitrag zur Grenzziehung zwischen privatem und öffentlichem Recht)
Frankfurt a.M. 1958
- Spanner, Hans Organisationsgewalt und Organisationsrecht
in: DÖV 1957, 640 - 643
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 28.9.1961
in: DÖV 1962, 342 - 343
- Spindler-Theurer Das Schlacht tier- und Fleischbeschau-gesetz
Textausgabe mit Erläuterungen, 5. Aufl.
Stuttgart 1964

- Sprengel Zur Stellung der mit der Verwaltung der Umstellungsgrundschulden beauftragten Institute
in: JZ 1952, 138 - 140
- Stein, Ekkehart Die Grenzen des dienstlichen Weisungsrechts
Tübingen 1965
- Die Wirtschaftsaufsicht
Tübingen 1967
- Steiner, Udo Der "beliebte Unternehmer" - VG Münster, NJW 1967, 171
in: JUS 1969, 69 - 75
- Stern, Klaus Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichen Vertrages
in: VerwArch. Bd. 49 (1958), 106 - 157
- Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages
in: AöR Bd. 84 (1959), 137 - 184, 273 - 330
- Süsterhenn, Adolf Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung
in: Festschrift für Hans Nawiascky, S. 141 - 155
München 1956
- Tegethoff, W. VDE-Vorschriften in der juristischen Praxis
in: Elektrotechnik 1959, 112 - 115
- Terrahe, Jürgen Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation
Diss. Münster 1961
- Thieme, Werner Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes
Göttingen 1961
- Thoma, Richard Bemerkung zur Entscheidung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts vom 29.10.1925
in: VerwArch. Bd. 32 (1927), 247 - 250
- Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze
in: HdbDStR II, S. 108 - 159
- Tietgen, Walter Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen Dienstes. Eine Studie des Rechtsschutzes in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages
Bd. II, S. 325 - 352
Karlsruhe 1960

- Titzack, Rudolf Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der
polizeilichen Generalermächtigung zum
Erlaß von Rechtsverordnungen
in: DÖV 1955, 453 - 456
- Triepel, Heinrich Staatsdienst und staatlich gebundener
Beruf
in: Festschrift für Karl Binding,
2. Bd., S. 1 - 85
Leipzig 1911
- Delegation und Mandat im öffentlichen
Recht
Stuttgart/Berlin 1942
- von Turegg-Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts
4. Aufl.
Berlin 1962
- Über, Giesbert Freiheit des Berufs. Art. 12 des Grundge-
setzes. Nach einer rechtsgrundsätzlichen
Betrachtung der individuellen Freiheit
Hamburg 1952
- Arbeitszwang, Zwangsarbeit, Dienstpflich-
ten
in: Hamburger Festschrift für Friedrich
Schack, S. 167 - 182
Hamburg 1966
- Ule, Carl Hermann Das besondere Gewaltverhältnis
(Mitbericht auf der Tagung der deutschen
Staatsrechtslehrer zu Mainz 1956)
in: VVDStRL 15 (1957), 133 - 185
- Öffentlicher Dienst
in: GR IV/2 (1962), 537 - 671
- Verwaltungsgerichtsbarkeit
2. Aufl.
Köln/Berlin/München/Bonn 1962
- Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl.
München/Berlin 1966
- Vogel, J.P. Anmerkung zum Urteil des BVerwG
vom 18.10.1963
in: RWS 1964, 116 - 118
- Vogel, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in
privater Hand. Eine verwaltungsrecht-
liche Untersuchung
Hamburg 1959
- Voß, Georg Anmerkung zum Urteil des AG Beckum
vom 16.6.1950
in: DAR 1951, 15

- Wacke, Gerhard Grundlagen des öffentlichen Dienstes
Tübingen 1957
- Weber, Werner Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Aufl.
München/Berlin 1940
- Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen
Hamburg 1943
- Rechtsfragen der milchwirtschaftlichen Marktordnung
Göttingen 1962
- Öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen als Gegenstand der Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung
in: AöR Bd. 91 (1966), 382 - 401
- Weissensieder, Benedikt Die Schulhoheit - Grundlagen und Ausgestaltungsformen des staatlichen Schulrechts
Freiburg (Schweiz) 1953
- Werner, Fritz Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 2.6.1954
in: DVBL. 1955, 562 - 564
- Wertenbruch, Wilhelm Zum privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt
in: Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, S. 89 - 114
Berlin 1966
- Westerburg, Werner Die Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten
Bonn 1961
- Wingbergmühle, Hans Die Wahrnehmung staatlicher Zuständigkeiten durch Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
Diss. Münster 1957
- Winter, Franz H. Können die Länder Technischen Überwachungsvereinen das Recht entziehen, überwachungsbedürftige Anlagen im Sinne von § 24 GewO zu prüfen?
in: DÖV 1962, 734 - 737
- Wittmann, Rudolf Rechtsfragen zu § 48 Schiedsmannsordnung
in: SchsZtg. 1952, 180 - 185, 192 - 197
- Wolff, Bernhard Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz
in: AöR Bd. 78 (1952/1953), 194 - 227
- Wolff, Hans J. Organschaft und Juristische Person
2. Bd.: Theorie der Vertretung
Berlin 1934

A b k ü r z u n g e n

aA.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
a.E.	= am Ende
AG	= Amtsgericht
Anm.	= Anmerkung
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArbS	= Arbeitsschutz
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BABl.	= Bundesarbeitsblatt
BAG	= Bundesarbeitsgericht
bayKompGH	= bayerischer Kompetenzkonfliktsgerichtshof
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
bayVf	= Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946 (GVBl. S. 333)
bayVGH	= bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	= Betriebsberater
BEG	= Bundesbeamtengesetz idF vom 22.10.1965 (BGBl. I S. 1776) - m.Änd.
Bd.	= Band
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGHSt	= Bundesgerichtshof - Strafsachen -
BGHZ	= Bundesgerichtshof - Zivilsachen -
BK	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), herausgeg. von Abraham u.a.; Stand: 19. Lieferung (Dez. 1967), Hamburg
blnVf	= Verfassung von Berlin vom 1.9.1950 (VOBl. I S. 433)
breVf	= Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21.10.1947 (BGl. S. 251)
BSG	= Bundessozialgericht
BStBl.	= Bundessteuerblatt
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
bwVf	= Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953 (GBL. S. 173)
DAR	= Deutsches Autorecht

Betr.	= Der Betrieb
ders.	= derselbe
DIN	= Deutsche Industrie-Norm Normblätter des Deutschen Normenausschusses Berlin/Köln
Diss.	= Dissertation
DNotZ	= Deutsche Notarzeitung
DöD	= Der öffentliche Dienst
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DStZ	= Deutsche Steuer-Zeitung
DV	= Deutsche Verwaltung
DVB1.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	= Durchführungsverordnung
DWW	= Deutsche Wohnungswirtschaft
E	= Amtliche Entscheidungssammlung des zuvor genannten Gerichts, zitiert nach Band und Seite (z.B. BVerfG v. 5.5.1964 (E 17, 371 ff.))
Erl.	= Erläuterung(en)
Ev.StLK	= Evangelisches Staatslexikon, herausgeg. v. Hermann Kunst und Siegfried Grundmann in Verbindung mit Wilhelm Schnee- melcher und Roman Herzog Stuttgart/Berlin 1966
FG	= Finanzgericht
FischersZ	= Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung
Forts.	= Fortsetzung
Fußn.	= Fußnote
G	= Gesetz
GB1.	= Gesetzblatt
gem.	= gemäß
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch- land vom 23.5.1949 (EGB1. S. 1)
GR	= Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 2. Bd., herausgeg. v. Neumann-Nipperdey- Scheuner Berlin 1954 3. Bd., 1. Halbb., herausgeg. v. Bettermann- Nipperdey-Scheuner Berlin 1958 3. Bd., 2. Halbb., herausgeg. v. Bettermann- Nipperdey-Scheuner Berlin 1959

4. Bd., 1. Halbb., herausgeg. v. Bettermann-Nipperdey-Scheuner
Berlin 1960

4. Bd., 2. Halbb., herausgeg. v. Bettermann-Nipperdey
Berlin 1962

GS	= Gesetzsammlung
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
HandwO	= Handwerksordnung
HdbDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgeg. v. Gerhard Anschütz u. Richard Thoma 1. Bd., Tübingen 1930 2. Bd., Tübingen 1932
HDSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, herausgeg. v. Beckerath u.a. 7. Bd., Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1961 8. Bd., Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1964
hessVf	= Verfassung des Landes Hessen vom 1.12.1946 (GVBl. S. 131)
h.M.	= herrschende Meinung
HMBL.	= Ministerial-Blatt der Handels- und Gewerbe- Verwaltung 1901-1932
hmbVf	= Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 28.5.1952 (GVBl. S. 117)
idF	= in der Fassung
insb.	= insbesondere
iSd	= im Sinne des, der
iVm	= in Verbindung mit
Jör	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JurJb	= Juristen-Jahrbuch
JUS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
LAG	= Landesarbeitsgericht
LG	= Landgericht
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
lit.	= Buchstabe
m.a.W.	= mit anderen Worten
m.E.	= meines Erachtens
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m.(w.)N.	= mit (weiteren) Nachweisen
ndsVf	= Vorläufige niedersächsische Verfassung vom 13.4.1951 (GVBl. S. 103)
n.F.	= neue Folge

NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NW	= Nordrhein-Westfalen
nwVf	= Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18.6.1950 (GV.NW.S. 127)
nwUZwG	= Gesetz über Ausübung und Grenzen des unmittelbaren Zwangs für NW v. 22.5.1962 (GV.NW. S. 260)
ObLGZ	= Bayerisches Oberstes Landesgericht - Zivilsachen -
OGH BrZ	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Obergerverwaltungsgericht
PBefG	= Personenbeförderungsgesetz v. 21.3.1961 (BGBI. I S. 241)
RdA	= Recht der Arbeit
Rdn.	= Randnummer
RGBL.	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Reichsgericht - Zivilsachen -
rhpVf	= Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18.5.1947 (GVBl. S. 209)
RMBl.	= Reichsministerialblatt
RWS	= Recht und Wirtschaft der Schule
S.	= Seite, Satz
s.(o.,u.)	= siehe (oben, unten)
saarlVf	= Verfassung des Saarlandes idF des Änderungsgesetzes v. 20.12.1956 (Amtsbl. S. 1657)
schlhLS	= Landessatzung für Schleswig-Holstein idF v. 15.3.1962 (GVObI. S. 123)
schlhLVwG	= Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein vom 18.4.1967 (GVObI. S. 131)
SchsZtg.	= Schiedsmannszeitung
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung
Sp. (r.,l.)	= Spalte (rechte, linke)
StGB	= Strafgesetzbuch
u.a.	= und andere
u.ä.	= und ähnliche
VEnergR	= Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn
VersR	= Versicherungsrecht
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung

VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verfassungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
Vorb.	= Vorbemerkung
VR	= Verwaltungsrecht
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WBStVR	= Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet v. Karl Freiherr v. Stengel, 2. Aufl., herausgeg. v. Max Fleischmann 1. Bd., Tübingen 1911 2. Bd., Tübingen 1913 3. Bd., Tübingen 1914
WiGBL.	= Gesetzblatt für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet
WiVR	= Wirtschaftsverwaltungsrecht
WK	= Der Wirtschaftskommentator
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Im Übrigen werden die gebräuchlichen Abkürzungen nach "K i r c h n e r , Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968" benutzt.

E i n l e i t u n g

Die Entwicklung des öffentlichen Rechts, namentlich des Verwaltungsrechts, ist in den letzten Jahrzehnten bestimmt und nicht zuletzt auch geprägt worden von einer ständigen Ausweitung der staatlichen Betätigung im allgemeinen, der staatlichen Verwaltungstätigkeit im besonderen. Der Staat, ehemals vornehmlich auf die Ausübung hoheitlicher Verwaltung durch Befehl und Zwang beschränkt, sah sich im zunehmenden Maße veranlaßt, auch soziale und kulturelle Aufgaben zu übernehmen. Diese Ausweitung des staatlichen Aufgabenbereichs zog eine immer stärkere Verknüpfung von öffentlichem und privatem Recht nach sich und erschwerte ihre Abgrenzung.

Die Verflechtung dieser beiden Rechtsgebiete zeigt sich deutlich in zwei Erscheinungen: Einerseits stellte das Anwachsen der Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge) ihre Träger vor eine nicht unerhebliche Schwierigkeit insofern, als sich für die Durchführung von Leistungsaufgaben die bisher typische Form des Verwaltungshandelns, der Verwaltungsakt, häufig als ungeeignet erwies. Die Folge war nicht nur ein zunehmend extensives Verständnis der Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktes selbst, sondern auch, daß die Verwaltungsträger sich immer häufiger privatrechtlicher Gestaltungsformen bedienten. Das Privatrecht wurde Mittel staatlicher Verwaltungstätigkeit¹⁾.

Andererseits ging der Staat dazu über, zu seiner Entlastung auf natürliche Personen oder auf juristische Personen des Privatrechts staatliche Aufgaben und Funktionen zur Wahrnehmung zu übertragen. Dieses Vorgehen war nicht neu. Denn vor Entstehung des modernen Staates sahen sich die Landesherren vielfach gezwungen, mangels eines staatlichen Organisationsapparates Private mit deren Erledi-

1) Dazu vgl. z.B. Hans J. Wolff VR I § 23 I, II, S.96 ff.; Forsthoff VR S. 340 ff.; Siebert, Festschrift f.Niedermeyer S. 213 ff.; Merk VR S. 406 ff.; Mallmann VVDStRL 19, 165 ff.; Zeidler VVDStRL 19, 208 ff.; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 134 ff., alle mit weiteren Nachweisen.

gung zu betrauen²⁾. Gleichwohl hat auch der moderne Staat trotz seines umfangreichen Verwaltungsunterbaues auf die Heranziehung Privater zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht verzichtet. Privatrechtssubjekte wurden weiterhin zu Trägern staatlicher Funktionen, ohne indes in die unmittelbare Staatsorganisation eingegliedert zu werden und ohne dabei ihre privatrechtliche Subjektivität einzubüßen³⁾.

Zahlreiche Einzelercheinungen der tiefgreifenden Überschneidung von öffentlichem und privatem Recht haben in der wissenschaftlichen Diskussion eingehende Beachtung erfahren. An dem Rechtsinstitut der Beleihung ist sie jedoch bisher nahezu ganz vorbeigegangen. Die Beleihung wird zwar in fast allen einschlägigen Veröffentlichungen erwähnt, jedoch beschränkt man sich zumeist darauf, auf die Lehre O. Mayers von der Verleihung öffentlicher Unternehmen⁴⁾ oder auf die Lehre E.R. Hubers vom beliehenen Unternehmer⁵⁾ Bezug zu nehmen, obwohl beide Lehren einer kritischen Überprüfung kaum standzuhalten vermögen. An dieser Feststellung kann sich auch dadurch nichts ändern, daß zum Themenkreis der Beleihung neben der Abhandlung bei E.R. Huber bereits drei Dissertationen vorliegen⁶⁾, und daß sich ausführliche Darstellungen im Rahmen einer Monogra-

2) Zu diesen historischen Ursprüngen der Beleihung und ihrer weiteren Entwicklung W. Jellinek VR S. 526; E.R. Huber DVBl. 1952, 456; ders. WiVR I S. 534; Hans J. Wolff VR II § 104 I a, S. 363; Brand, Diss. S. 9 f.; Terrahe, Diss. S. 54 f.

3) Dazu vgl. z.B. W. Jellinek VR S. 525/526; Hans J. Wolff VR I § 4 I a, S. 24 f.; § 46 II a, S. 297 f.; Obermayer, Grundzüge S. 13 f.; Merk VR S. 389, 739 ff.; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 107, alle m.w.N.. Dieser allgemein anerkannte Grundzug der modernen Verwaltung hat in jüngster Zeit gesetzlichen Ausdruck in den §§ 2 III, 13 des Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein v. 18.4.1967 (schlHGVOBl. S. 131) gefunden, wonach natürliche und juristische Personen des Privatrechts für die ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaufgaben ausdrücklich als "Träger der öffentlichen Verwaltung" anerkannt werden.

4) VR II S. 243 ff.

5) WiVR I S. 533 ff.

6) Brand, Die Rechtsstellung des Beliehenen (1953); Frantzen, Der Beliehene Unternehmer nach geltendem Recht (1960); Terrahe, Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation (1961). - Zu der dem Verf. erst nach Abschluß dieser Arbeit bekannt gewordenen Dissertation von Mennacher siehe unten Fußn. 12 auf S. 5.

phie von Klaus Vogel und in dem Lehrbuch von Hans J. Wolff⁷⁾ finden. Denn allen Untersuchungen ist zunächst gemeinsam, daß bereits der von ihnen zugrunde gelegte Beleihungsbegriff nicht zu befriedigen vermag. Die Arbeiten sowohl von Brand wie von Frantzen machen sich die einseitig wirtschaftliche Betrachtungsweise E.R. Hubers zu eigen, ohne sich mit ihr überhaupt auseinanderzusetzen und sie auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Hans J. Wolff und Terrahe, der sich allerdings vornehmlich mit den organisationsrechtlichen Problemen der Beleihung befaßt, stellen demgegenüber zwar schlechthin auf die Übertragung hoheitlicher Kompetenzen auf Privatrechtssubjekte ab, aber eine Begründung dafür fehlt auch hier. Nur Klaus Vogel weist in seiner Untersuchung nach, warum sich der Beliehene durch die Verleihung echter Hoheitsbefugnisse auszeichnet, aber wie Hans J. Wolff und Terrahe läßt auch er die Vereinbarkeit dieser Begriffsbestimmung mit der geltenden Rechtsordnung dahingestellt und bleibt damit - wie nachzuweisen sein wird - auf halbem Wege stehen. Einen spürbaren Mangel weisen die genannten Darstellungen infolgedessen weiterhin dadurch auf, daß Personen und Unternehmen mit ganz verschiedenen Tätigkeitsbereichen als "Beliehene" angesehen werden, ohne daß eine derartige Qualifizierung - sofern überhaupt - rechtlich übereinstimmend begründet wird. Das hat auch zur Folge, daß beispielsweise die von E.R. Huber und Hans J. Wolff genannten Beleihungsfälle sich nicht nach einheitlichen Gesichtspunkten beurteilen lassen. Schließlich fehlt es bei allen bisherigen Untersuchungen an einer angemessenen Berücksichtigung wichtiger Einzelfragen der Beleihung⁸⁾. Ob der Beliehene durch Art. 12 GG und Art. 14 GG geschützt wird, ob er den öffentlich-rechtlichen Bindungen im allgemeinen, den Grundrechtsbindungen im besonderen unterliegt, ob der Beliehene in einem Verwaltungsstreitverfahren passivlegitimiert ist - diese und ähnliche Fragen mehr werden teils gar nicht, teils nur am Rande erwähnt. In dem Lehrbuch des Verwaltungsrechts von Forsthoff findet sich - soweit ersichtlich - sogar nur an einer Stelle ein beiläufiger Hinweis auf den "beliehenen

7) Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 46 ff.; Hans J. Wolff VR II § 104, S. 363 ff.

8) Zu der dem Verf. erst nach Abschluß dieser Arbeit bekannt gewordenen Dissertation von Mennacher, der insofern mehr, aber nicht alle wichtigen Einzelfragen behandelt, siehe unten Fuß. 12 S. 5.

Unternehmer⁹⁾, ohne daß gesagt wird, was darunter verstanden werden soll und welchen Platz diese Rechtsfigur in der Verwaltungsorganisation einnimmt.

Dieser Zustand ist um so unbefriedigender, als in Literatur und Rechtsprechung eine zunehmende Neigung nicht zu übersehen ist, bestimmte Erscheinungen des sozialen Lebens mit dem Begriff des Beliehenen zu erklären. Man glaubt darüber hinaus, an diesen Begriff Rechtsfolgen knüpfen und so mit ihm konkrete Rechtsfragen beantworten zu können. So wird etwa die Frage nach der Rechtsnatur eines Beschulungsvertrages, der von einer anerkannten Privatschule abgeschlossen wird, von Menger mit der Feststellung entschieden, man könne die anerkannte Privatschule als Beliehenen ansehen, und demnach (sic!) würden auch die mit ihr abgeschlossenen Beschulungsverträge dem öffentlichen Recht angehören¹⁰⁾. Ähnlich beiläufig und selbstverständlich begründet das BVerwG die Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges für die Klage auf Gewährung eines Sportabzeichens mit der Ablehnung der Ansicht, "daß der Sportbund, der die Prüfung abnimmt und das Sportabzeichen übergibt, ein beliehener Unternehmer im Sinne der insbesondere auf dem Gebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts entwickelten Lehre sei"¹¹⁾. Diese und ähnliche Folgerungen aus dem Beleihungsbegriff herzuleiten, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Beleihung in Rechtsprechung und Lehre tatsächlich einheitlich verstanden würde, und wenn auch sonst über die an dieses Rechtsinstitut allgemein zu knüpfenden Rechtsfolgen Einigkeit bestünde und Klarheit herrschen würde. Bei dem derzeitigen Stand der Meinungen kann davon aber nicht gesprochen werden.

Danach erscheint es gerechtfertigt, das als "Beleihung" bezeichnete Innehaben von Staatsfunktionen durch Private erneut zu durchdenken. Im Hinblick auf die - wie dargelegt - noch weitgehend offenen Fragen in der wissenschaftlichen Erörterung der Beleihung sollen in der folgenden Untersuchung zunächst die Grundlagen der Beleihung erarbeitet werden (1. Teil). Das Schwergewicht liegt dabei auf einer klaren und umfassend begründeten Aussage über Begriff und Wesen der Beleihung, was einschließt, die Beleihung von ähnlichen Rechtsinsti-

9) VR S. 507/508

10) VerArch. Bd. 53, 280; ders. VerwArch. Bd. 55, 297; ähnlich BVerwG v. 18.10.1963 (E 17, 41 ff.).

11) Urteil v. 28.2.1964 (E 18, 113/119).

tuten abzugrenzen und ihr Vorkommen im geltenden Recht nachzuweisen. Im Anschluß daran sollen dann alle wichtigen Einzelfragen der Beleihung behandelt und hierfür praktische Lösungsvorschläge entwickelt werden (2. Teil). Ziel der vorgelegten Untersuchung ist es also, das Rechtsinstitut der Beleihung zwar gewiß nicht erschöpfend, aber doch möglichst umfassend darzustellen und damit einen Beitrag zu leisten, diese Erscheinung enger Verknüpfung von öffentlichem und privatem Recht weiter zu klären¹²⁾.

- 12) Erst nach Abschluß der vorliegenden Arbeit in Reinschrift ist dem Verfasser durch Zufall die Dissertation von Mennacher, Begriffsmerkmale und Rechtsstellung der mit öffentlicher Gewalt beliehenen Hoheitsträger des Privatrechts (Beliehene Private), München 1963" bekannt geworden. Sie ist bisher in der gesamten hier verwendeten Literatur nirgends zitiert, auch nicht in den bekannten Bibliographien etc., und konnte deshalb leider nicht mehr berücksichtigt werden. Von den bisher vorliegenden Erörterungen zur Beleihung unterscheidet sie sich darin, daß erstmals eine umfassende Gesamtdarstellung des Rechtsinstituts der Beleihung versucht wird, und daß der Verfasser insbesondere auch bestrebt ist, einige damit zusammenhängende Einzelfragen, namentlich die Art und Weise der Beleihung und ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit, anzusprechen. Wenn diese Arbeit im Ergebnis gleichwohl ebensowenig befriedigt wie die bereits genannten, so liegt dies zunächst daran, daß Mennacher von vornherein auf eine Auseinandersetzung mit der von ihm sogar als "(noch) herrschend" bezeichneten Lehre, nämlich der sog. Aufgabentheorie, bewußt verzichtet und ausschließlich auf den von Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 46 ff., gefundenen Ergebnissen der sog. Rechtsstellungstheorie aufbaut, ohne überhaupt zu fragen, ob eine Isolierung der "staatlichen Funktionen" und der "staatlichen (obrigkeitlichen) Befugnisse" möglich und zulässig ist. Insofern enthält die Untersuchung auch nicht eine selbständige Entwicklung des Beleihungsbegriffes, sondern lediglich eine "nähere Festlegung" der von Klaus Vogel genannten Kriterien des beliehenen Unternehmers. Unbefriedigend ist ferner die Behandlung der von Mennacher angeführten Beispiele für Beliehene, da er es verabsäumt, jeweils konkret anhand sämtlicher von ihm für die Beleihung aufgestellten Kriterien diese als echte Beleihungsfälle nachzuweisen. Schließlich gilt auch diese Untersuchung, was bereits für die anderen festgestellt worden ist, daß nämlich der Verfasser - abgesehen von einer sehr allgemeinen Behandlung der Haftung des Beliehenen und des Rechtsschutzes Dritter gegenüber dem Beliehenen - wesentliche Einzelfragen der Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und dem Beliehenen sowie zwischen diesem und Dritten völlig unberücksichtigt läßt. Insgesamt ist der Verfasser der vorliegenden Arbeit daher der Ansicht, daß seine Überlegungen zu dem Rechtsinstitut der Beleihung auch durch die Dissertation von Mennacher keineswegs vorweggenommen sind, und daß die hier vorgelegte Untersuchung durch den ihr zugewiesenen Zweck unvermindert gerechtfertigt ist.

1. Teil: Grundlagen der Beleihung

§ 1. Begriff und Wesen der Beleihung

I. Derzeitiger Stand der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung

1. Begriff der Beleihung

Sucht man den derzeitigen Stand der Meinungen in Literatur und Rechtsprechung zum Rechtsinstitut der Beleihung zu erfassen, so fallen zunächst die terminologischen Unterschiede auf. Das Wort "Beliehener" selbst wird nur wenig verwendet¹⁾. Im übrigen wird gesprochen von der "Verleihung eines öffentlichen Unternehmens"²⁾, vom "beliehenen öffentlichen Unternehmer"³⁾, besonders vom "beliehenen Unternehmen" oder "beliehenen Unternehmer"⁴⁾, auch von "beliehenen Verbänden"⁵⁾ und "beliehenen Einrichtungen"⁶⁾.

- 1) Laforet VR S. 80; Hans J. Wolff VR I § 4 III b, S. 29; ders. VR II § 104, S. 363 ff.; Menger VerwArch. Bd. 53, 280; ders. Bd. 78, 160; Siebert, Rechtsstellung S. 27, 39; Stein, Wirtschaftsaufsicht S. 249; Brand, Diss. S. 8; Terrahe, Diss. S. 112; von der Groeben-Knack, Landesverwaltungsgesetz § 2 Rdn. 2.2 f.
- 2) O. Mayer VR II S. 95, 243; List VR S. 68; Merk VR S. 739.
- 3) W. Jellinek VR S. 526; Antoniolli VR S. 186; Ipsen, Indienstnahme S. 151; Gerth DÖD 1955, 6.
- 4) So etwa E.R. Huber WiVR I S. 533; Nebinger VR S. 15; v. Turegg-Kraus VR S. 483; v. Köhler, Grundlehren S. 143; Holling, Verwaltung Teil A 4 g; Werner Weber, Körperschaften S. 71; Obermayer, Grundzüge S. 13; ders., Verwaltungsakt S. 61; Jecht, Anstalt S. 84; Richter VVDStRL 6, 89, 92; Badura, Verwaltungsmonopol S. 250; Heymann, Anstalt S. 45; v. Jacobs, Benutzungszwang S. 25; Becker, Verwaltungsaufgaben S. 193; Spahn, Einschaltung S. 17 f.; Bullinger VVDStRL 22, 317 Fußn. 226; H. Peters, Rechtsgutachten S. 7; ders., Festschrift f. Nipperdey S. 880; Rinck, Wirtschaftsrecht Rdn. 1066; Glöggler, Diss. S. 22; Rupp, Privateigentum S. 5; Bachof, Verfassungsrecht II Nr. 299; Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 67; Reuß BB 1949, 276, ders. GR III/1 S. 115, 128; Schlochauer, Grundzüge S. 153, 254; Frantzen, Diss. S. 2 ff.; Haas AöR Bd. 83, 99; Fischerhof DöV 1957, 307 f.; Ule VwGO § 40 Anm. II, S. 86; ders. Verwaltungsprozeßrecht S. 116; Redeker-von Oertzen VwGO § 42 Rdn. 44.
- 5) E.R. Huber DVBl. 1952, 456; H. Peters, Rechtsgutachten S. 7; Bachof AöR Bd. 83, 242; Obermayer, Verwaltungsakt S. 147; Scheuner VVDStRL 11, 36; Evers, Der Staat Bd. 3, 56.
- 6) E.R. Huber, Selbstverwaltung, S. 16. - Die von H.P. Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 141 ff. geprägte Formulierung "Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben" bleibt

2. Wesen und Funktion der Beleihung

Will man nun feststellen, was mit diesen Worten jeweils gemeint ist, d.h. welche Vorstellung von Wesen und Funktion der Beleihung ihnen jeweils zugrunde liegt, so erscheinen Schrifttum und Rechtsprechung noch weniger einheitlich.

Einig ist sich die wohl herrschende Meinung wenigstens insofern, als es für die Beleihung kennzeichnend sein soll, daß der Staat oder ein sonstiger Träger hoheitlicher Verwaltung auf eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts "etwas" überträgt, das nicht zu deren notwendigen Zwecken gehört, sondern - wie O. Mayer es ausdrückt - eine "äußerliche Zutat" zu ihrem Rechtskreis bedeutet⁷⁾. Was dieses "etwas" ist und damit als Gegenstand der Beleihung angesehen wird, darüber bestehen freilich erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Um den Eindruck zu vermeiden, die vorliegende Untersuchung habe sich bereits auf eine dieser Meinungen festgelegt, sei vorerst diese unbestimmte Umschreibung gestattet. Auf die verschiedenen Ansichten über den genauen Gegenstand der Beleihung wird anschließend eingegangen. Festzuhalten ist zunächst jedenfalls das Erfordernis einer zusätzlichen Befugnis, die für den Beliehenen nicht eigentypisch ist. Diese Befugnis bleibt nach der wohl herrschenden Auffassung "der Substanz nach" staatlich und steht dem Privatrechtssubjekt "nur der Ausübung nach" zu, wenngleich sie von diesem im eigenen Namen und gegebenenfalls für eigene Rechnung wahrgenommen wird⁸⁾. Der so "Beliehene" bleibt gleichwohl ein Subjekt des Privatrechts; ein "Standortwechsel"

an dieser Stelle bewußt unberücksichtigt, da sie eine von der Beleihung zu unterscheidende Rechtsfigur betrifft; vgl. u. § 2 III.

- 7) VR II S. 243; in diesem Sinne auch Holling, Verwaltung Teil A 4 g; W. Jellinek VR S. 526; E.R. Huber WiVR I S. 121/122; Jerusalem, Grundriß S. 81; Nebinger VR S. 15, 137 f.; Bachof AöR Bd. 83, 213; Jecht, Anstalt S. 84; List, VR S. 70; Cantner, Diss. S. 37; Potschter Konzession S. 17; Brand, Diss. S. 53; vgl. auch Terrahe, Diss. S. 100 ff.
- 8) E.R. Huber WiVR I S. 535; sinngemäß ebenso Hans J. Wolff VR II § 104 I, S. 363; Badura, Verwaltungsmonopol S. 251; Menger AöR Bd. 78, 160; Schlutius, Konzession S. 26; Jerusalem, Grundriß S. 81; Giese VR S. 73.

in das öffentliche Recht erfolgt nicht⁹⁾.

Als Gegenstand und Inhalt der Beleihung wird teilweise ganz allgemein die Übertragung "öffentlicher Verwaltung"¹⁰⁾ oder eines "Stückes öffentlicher Verwaltung"¹¹⁾ bezeichnet, oder es wird von der Wahrnehmung "öffentlicher Belange"¹²⁾ gesprochen. Andere Autoren sehen den Inhalt der Beleihung in der Übertragung "staatlicher Aufgaben"¹³⁾, "öffentlicher Aufgaben"¹⁴⁾, "öffentlicher Verwaltungsaufgaben"¹⁵⁾, "Hoheitsaufgaben"¹⁶⁾ oder "öffentlich-rechtlicher Angelegenheiten"¹⁷⁾. Wieder andere stellen ab auf die Delegation "öffentlicher"¹⁸⁾ oder "öffentlich-rechtlicher Funktionen"¹⁹⁾, "hoheitlicher"²⁰⁾ oder "staatlicher Funktionen"²¹⁾. Weiterhin wird das Wesen der Beleihung gesehen in der Übertragung "öffentlich-

- 9) Vgl. Hans J. Wolff VR II § 104 I d, S. 365; v. Köhler, Grund-
lehren S. 144; Heymann a.a.O., S. 48; Rinck a.a.O. Rdn. 1066;
Merk VR S. 739; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 76; Jecht,
Anstalt S. 84; Obermayer, Verwaltungsakt S. 147; v. Turegg-Kraus
VR S. 483; Bachof AöR Bd. 83, 230.
- 10) W. Jellinek VR S. 526, der aber VR S. 527 von der "Ausstattung
der Unternehmer mit Hoheitsbefugnissen" spricht; Holling, Ver-
waltung Teil A 4 g; Merk VR S. 739; Haselau, Freiheit der Stra-
ße S. 173; Eyermann-Fröhler VwGO § 40 Rdn. 53; Balser, Fest-
schrift f. List S. 176; ders., Technik S. 85.
- 11) O. Mayer VR II S. 95; Kormann, Einführung S. 166; Nebinger VR
S. 15; List VR S. 68; Richter VVDStRL 6, 89; Giese VR S. 73;
Potschter, Konzession S. 12, 17; Böttger, Festschrift f. List
S. 24; Brand, Diss. S. 27.
- 12) RGZ v. 12.10.1938 (E 158, 257/261).
- 13) H. Peters, Festschrift f. Nipperdey S. 880; 894; Jerusalem,
Grundriß S. 81; Depenbrock, Stellung S. 57 f.; Steiner JUS
1969, 70.
- 14) Scheuner VVDStRL 11, 31; W. Köhler BB 1952, 149; Hans J. Wolff
VR II § 104 III a 1, S. 366; Lücke DÖV 1955, 533; Kullmann DÖV
1959, 569.
- 15) Hamann, Wirtschaftslenkung S. 150; Reuß GR III/1 S. 111;
Klinger VwGO § 42 Anm. E I 4.
- 16) v. Turegg-Kraus VR S. 483; Reuß BB 1949, 276; Kullmann DÖV
1959, 569 Fußn. 5; BayKompGH v. 11.5.1957 (BayVBl. 1957, 254).
- 17) Antoniolli VR S. 186
- 18) Bachof AöR Bd. 83, 242; W. Köhler BB 1952, 150; Schlochauer,
Grundzüge S. 196.
- 19) Schlochauer, Grundzüge S. 196.
- 20) E.R. Huber WiVR I S. 121/122; Bachof AöR Bd. 83, 213; Siebert,
Rechtsgutachten S. 26; Schlutius, Konzession S. 32; auch
BverwG v. 21.12.1954 (E 1, 303/304).
- 21) G. Jellinek, System S. 249; Jerusalem, Grundriß S. 81, 92;
Rupp, Privateigentum S. 5, 18.

rechtlicher Zuständigkeiten"²²⁾, "hoheitlicher Zuständigkeiten"²³⁾ oder "hoheitlicher Kompetenzen"²⁴⁾. Ebenfalls als für die Beleihung charakteristisch wird die Übertragung "staatlicher Rechte"²⁵⁾, "(staatlicher) Hoheitsrechte"²⁶⁾ oder "staatlicher Zwangsrechte"²⁷⁾ hervorgehoben. Eine namhafte Anzahl von Autoren spricht von der Delegation "hoheitlicher Gewalt"²⁸⁾, "öffentlicher Gewalt"²⁹⁾, "obrigkeitlicher Gewalt"³⁰⁾ sowie von der Übertragung "hoheitlicher Befugnisse" bzw. von "Hoheitsbefugnissen"³¹⁾ oder "öffentlich-rechtlicher Befugnisse"³²⁾. Schließlich sei auf die Autoren hingewiesen, die das Wesen der Beleihung in der Übertragung bestimmter "Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung"³³⁾ oder der "Verwaltungstätigkeit wirtschaftlicher Art"³⁴⁾ sehen. Anzu-

22) Menger AöR Bd. 78, 160.

23) Brune, Diss. S. 108.

24) Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363; E.R. Huber WiVR I S. 535; von der Groeben-Knack, Landesverwaltungsgesetz § 2 Rdn. 2.2.2; Gause, Diss. S. 53.

25) G. Jellinek, System S. 250.

26) G. Jellinek, System, S. 245; Hatschek VR S. 386; Laforet VR S. 62; Sprengel JZ 1952, 139; Werner Weber, Körperschaften S. 72; v. Jacobs, Benutzungszwang S. 25; Becker, Verwaltungsaufgaben S. 107.

27) BVerfG v. 7.8.1962 (DVBl. 1962, 637 r.Sp.).

28) Jecht, Anstalt S. 84; Hans J. Wolff VR I § 4 III b, S. 29; Terrahe, Diss. S. 112.

29) v. Köhler, Grundlehren S. 145, 149 Fußn. 119; Heymann, Anstalt S. 47; Herrnritt, Grundlehren S. 242; Obermayer, Grundzüge S. 13; Menger VerwArch. Bd. 53, 280; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 107; Ule VwGO § 40 Anm. II, S. 86; ders., Verwaltungsprozeßrecht S. 116.

30) Herrnritt, Grundlehren S. 243; Heymann, Anstalt S. 45.

31) W. Jellinek VR S. 527; E.R. Huber WiVR I S. 105; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 81; Salzwedel, Grenzen S. 40; Bachof, Verfassungsrecht II Nr. 299; Stein, Wirtschaftsaufsicht S. 249; Bullinger VVDStRL 22, 317 Fußn. 226; Evers, Der Staat Bd. 3, 56, 57; Schlochauer, Grundzüge S. 153; Scholz, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen S. 29; Becker, Verwaltungsaufgaben S. 193.

32) Badura, Verwaltungsmonopol S. 250, 253; H. Peters, Rechtsgutachten S. 7, während ders., Festschrift f. Nipperdey S. 894, auf die Übertragung "staatlicher Aufgaben" abstellt.

33) E.R. Huber WiVR I S. 533, 538; ders., DVBl. 1952, 456; Stern AöR Bd. 84, 155; Obermayer, Verwaltungsakt S. 61; Siedentopf, Grenzen S. 61; Eiselt RWS 1962, 3; Böckenförde, Organisationsgewalt S. 95, spricht von der Übertragung "öffentlicher Aufgaben und hoheitlicher Rechte".

34) Glöggler, Diss. S. 21, 25; vgl. auch E.R. Huber, WiVR I S. 539.

treffen ist schließlich die Äußerung, daß die beliebigen Verbände "ein Stück Staatlichkeit" verwirklichen³⁵⁾.

Diese verwirrende Vielfalt der - freilich oft nur beiläufigen - Inhaltsbestimmung der Beleihung durch Begriffe³⁶⁾, die doch keineswegs allesamt identisch sind, kennzeichnet schon für sich allein das Problematische des Rechtsinstituts. Der Eindruck mangelnder Klarheit wird darüber hinaus durch die Feststellung verstärkt, daß zur Kennzeichnung der Beleihung nicht selten mehrere jener Begriffe von ein und demselben Autor beliebig nebeneinander verwendet oder untereinander ausgetauscht werden, als ob dies gar keinen Unterschied mache. Die Zulässigkeit einer gegenständlichen Kumulation einiger der angeführten Begriffe in der Beleihung soll damit hier nicht überhaupt in Abrede gestellt werden, jedoch ist dies noch näher zu untersuchen und nachzuweisen.

3. Sinn und Zweck der Beleihung

Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Beleihung werden vom wissenschaftlichen Schrifttum vorwiegend mit wirtschaftlichen und finanziellen Erwägungen der hoheitlichen Verwaltungsträger erklärt. Die private Initiative, technische und wirtschaftliche Sachkunde, die leichtere Anpassungsfähigkeit und Entschlußfreudigkeit sollen zu einer Entlastung und Entbürokratisierung der öffentlichen Verwaltung, zur Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos und Abwälzung der Kosten auf Private führen.

Andererseits mißt man der Beleihung auch einen demokratisierenden Effekt bei: Die Verlagerung von Verwaltungskompetenzen soll den "gesellschaftlichen Mächten eine Teilhabe an der hoheitlichen Verwaltung" ermöglichen³⁷⁾. Die Beleihung entspricht danach rein

35) Herb. Krüger NJW 1956, 1219.

36) Der erste Versuch einer derartigen Zusammenstellung wie hier, allerdings nicht annähernd so vollständig und teilweise ungenau, findet sich bei Terrahe, Diss. S. 56 ff.

37) Hans J. Wolff VR II § 104 I c, S. 364; ähnlich auch E.R. Huber WiVR I S. 534; Potschter, Konzession S. 13; Badura, Verwaltungsmonopol S. 252; Köttgen VVDStRL 6, 132; Brand, Diss. S. 33; Steiner JUS 1969, 72.

praktischen, nicht etwa rechtlichen Bedürfnissen, und zwar überwiegend verwaltungspolitischen, teils auch staatssoziologischen.

4. Ergebnis

Diese vorerst das Grundsätzliche, nämlich Begriff, Gegenstand und Zweck der Beleihung erfassende Bestandsaufnahme der zu diesem Rechtsinstitut vertretenen Meinungen ergibt, daß dieses zwar von der Lehre und auch von der Rechtsprechung heute durchaus anerkannt wird³⁸⁾, daß jedoch über Inhalt und Wesen der Beleihung bisher keine Übereinstimmung besteht. Weder die allgemeine Verwendung der Beleihung in Theorie und Praxis noch die bisherigen Ansätze einer wissenschaftlichen Durchdringung haben bereits zu einem allgemeingültigen Verständnis von diesem Rechtsinstitut geführt. Die Grundfragen der Beleihung können nach wie vor nicht als hinreichend geklärt, beantwortet und begründet angesehen werden, so daß die mangelnde Übereinstimmung und Klarheit auch in einzelnen Rechtsfragen zur Beleihung kaum verwunderlich erscheint. Nur bei "großzügiger Gleichsetzung" der vertretenen Meinungen lassen sich - wie Terrahe zutreffend bemerkt³⁹⁾ - zwei Grundansichten feststellen. Von diesen scheint die eine das Schwergewicht auf die Übertragung bestimmter öffentlicher oder staatlicher Aufgaben zu legen⁴⁰⁾, wobei aber unklar bleibt, ob diese sich materiell decken, während die andere vornehmlich auf die Delegation hoheitlicher Funktionen und (oder) Befugnisse abzustellen scheint⁴¹⁾. Das Unbefriedigende einer solchen

38) Ob diesem Institut ein Platz im deutschen Verwaltungsrecht wirklich gebührt, dazu Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 47 f.; Kaufmann WBStVR III S. 711 f.; W. Jellinek VR S. 526; O. Bühler, Festgabe f. Fleiner S. 38.

39) Diss. S. 57.

40) Insb. die oben S. 8 Fußn. 10-17 Genannten.

41) Insb. die oben S. 8 Fußn. 18-21, S. 9 Fußn. 22-32 Genannten. - Die von Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 60 ff., 81 ff. vorgenommene Einteilung in "Aufgabentheorie" und "Rechtsstellungstheorie" scheint mir nicht gerechtfertigt und wenig praktikabel zu sein. Abgesehen davon, daß sich keiner der von ihm genannten Autoren ausdrücklich zu einer der beiden Theorien bekennt, läßt sich auch kaum eine der vertretenen Meinungen zweifelsfrei in seine Einteilung einfügen. So ist z.B. die von Klaus Vogel a.a.O., S. 82 vorgenommene Qualifizierung Herrnritts als "ganz entschiedener Vertreter" der Rechtsstellungstheorie

Einteilung wird offenbar, wenn man bedenkt, welche Zweifel heute mehr denn je mit den Begriffen "staatlich", "öffentlich", "hoheitlich" u.ä. verbunden sind, und wenn man erkennt, daß sich eine eindeutige Trennung von "staatlichen Aufgaben", "hoheitlichen Befugnissen", "staatlichen Funktionen" etc. kaum durchführen läßt. Denn zumeist lassen sich zwar diese Begriffe sachinhaltlich überwiegend in den Fragenkreis der staatlichen Funktionen im allgemeinen, der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung im besonderen einfügen⁴²⁾, zum anderen läßt sich aber keineswegs von vornherein abschließend sagen, ob die Beleihung mit der einen oder anderen Ausprägung der staatlichen Funktion (i.w.S.) verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist. Die unbedenkliche und zumeist nicht näher begründete, teils kumulative, teils alternative Verwendung dieser sehr umstrittenen Begriffe zur Bestimmung eines weiteren Begriffes "Beleihung" hat eine weitgehende Übereinstimmung im Verständnis dieses Rechtsinstituts erschwert. Diese Untersuchung will daher auch nicht das Rechtsinstitut der Beleihung überhaupt in Frage stellen. Vielmehr soll versucht werden, unter besonderer Berücksichtigung und kritischer Würdigung der für die Bestimmung des Beleihungsgegenstandes vorgefundenen Begriffsvielfalt ein eindeutiges und allseitig abgesicher-

bedenklich; dieser weist a.a.O. S. 243 darauf hin, daß die obrigkeitliche Gewalt "behufs Durchführung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung" übertragen wird, während dies nach Klaus Vogel a.a.O. S. 60 aber gerade Kennzeichen der "Aufgabentheorie" sein soll. - Eine Einteilung nach diesen beiden Theorien findet sich auch bei Haselau, Freiheit der Straße S. 170; Herzog Ev. StLK Sp. 146; Scholz, Gemeindliche öffentliche Einrichtungen S. 29; Siedentopf, Grenzen S. 62, der aber betont, nicht die Übertragung von Hoheitsrechten allein, sondern die Einräumung dieser Rechte zur Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben sei entscheidend. Damit gibt Siedentopf aber die strenge Unterscheidung nach beiden Theorien ebenfalls auf.

- 42) Vgl. etwa Hesse, Grundzüge S. 181/182: "Gewaltenteilung ist zunächst Konstituierung verschiedener Gewalten ... Diese nimmt ihren Ausgangspunkt von den A u f g a b e n, die ... durch den "Staat" bewältigt werden müssen ... Den ... verschiedenartigen Erfordernissen der Aufgabenbewältigung entsprechend unterscheidet die Verfassung d r e i G r u n d f u n k t i o n e n der Gesetzgebung, der Vollziehung und der Rechtsprechung". - Vgl. auch BVerfG v. 5.5.1964 (E 17, 371/376), wo ausgeführt wird, der Notar nehme "originäre Staats a u f g a b e n" und, soweit er diese Tätigkeiten ausführt, "staatliche F u n k t i o n e n" wahr (Hervorhebung v. Verf.). - Ganz deutlich die Gleichsetzung auch bei Hans J. Wolff VR II § 73 I e 3, S. 30, der im Zusammenhang mit den öffentlichen Ämtern ausführt, durch sie werde "die spezifische Funktion des Staates, die Ausübung hoheitlicher Gewalt, verwirklicht"; vgl. auch Steiner JUS 1969, 70.

tes Kriterium eines eigenen Beleihungsbegriffes zu erarbeiten.

II. Entwicklung einer eigenen Begriffsbildung

1. Subjekt der Beleihung

Die Wörter "Beleihung", "belehnen", "leihen" u.ä. gehören - wie sich unschwer erkennen läßt - ein und derselben Wortfamilie an⁴³⁾. In der Rechtssprache bezeichnen sie ganz allgemein das nur vorübergehende Überlassen eines Rechts oder einer Sache von einer Person auf eine andere. Mit einer solchen Übertragung ist daher kein Aufgeben des Rechts oder der Sache durch den Beleihenden oder Verleihenden verbunden, sondern der Beliehene übt nur an dem Recht oder an der Sache eine ihm eigentlich nicht zustehende Berechtigung aus.

Diese Wortbedeutung liegt auch dem öffentlich-rechtlichen Institut der "Beleihung" zugrunde. Rechtsprechung und Schrifttum verbinden mit ihm übereinstimmend die Vorstellung, daß es eine vorübergehende Funktionsverschiebung vom Staat auf Privatpersonen beinhaltet, und daß als Subjekt der Beleihung ausschließlich j e d e natürliche oder juristische P e r s o n d e s P r i v a t r e c h t s in Betracht kommt⁴⁴⁾. Vereinzelt wird allerdings angenommen, auch juristische Personen des öffentlichen Rechts könnten Beleihungsobjekte⁴⁵⁾ sein. Im Interesse einer klaren und einheitlichen Terminologie soll indes hier mit dem in Rechtsprechung und Lehre gesicherten Sprachgebrauch nur die Übertragung eines Rechtes von dem Staat oder einem sonstigen Hoheitsträger auf Privatrechtssubjekte verstanden werden.

43) Eine nähere etymologische Untersuchung nehmen Brand, Diss. S. 3 f. und Terrahe, Diss. S. 49 ff. vor.

44) Fleiner, Institutionen S. 346; Richter VVDStRL 6, 89; E.R. Huber WiVR I S. 533, 539; Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363; Menger AbR Bd. 78, 160; Obermayer, Verwaltungsakt S. 61; Brune, Diss. S. 110; Brand, Diss. 27; Terrahe, Diss. S. 82; siehe auch oben S. 7.

45) O. Mayer VR II S. 16; Kormann, Einführung S. 258 Fußn. 1; Merk VR S. 740; Nebinger VR S. 15. - Vgl. auch BVerwG v. 27.4.1966 (E 24, 65/69), das für die Beziehung Besatzungsgewalt - deutsche Hoheitsgewalt ein beleihungsähnliches Verhältnis annimmt.

2. Umfang der Beleihung; sachliche Verbindung von beliehenen Aufgaben und privater Eigentätigkeit

Von einer überwiegenden Meinung wird nun, wie bereits weiter oben (I 2) dargelegt wurde, die Ansicht vertreten, die beliehene Tätigkeit könne für das Privatrechtssubjekt stets nur eine sekundäre Bedeutung haben. Die Beleihung bringe dem Beliehenen nur eine "äußerliche Zutat", die sein Wesen nicht berühre, denn "er könne ein einzelner Privatmann sein und bleiben"⁴⁶⁾. Dieser Ansicht ist nur insoweit zuzustimmen, als der Beliehene immer ein Subjekt des Privatrechts ist. Für die weitergehende Folgerung, die beliehenen Aufgaben könnten nur eine im Umfang geringere als die schon bisher ausgeübte Tätigkeit darstellen, sind indes keine Gründe ersichtlich. Das quantitative Verhältnis der privaten und der beliehenen Tätigkeit zueinander ist für die Beleihung nicht wesentlich. Die beliehene Tätigkeit kann vielmehr sogar die hauptsächliche oder die einzige Tätigkeit des Privaten werden, wenngleich dies nach dem geltenden Recht - wie die Untersuchung über die Beleihungsfälle im einzelnen erweisen wird - nur ein Ausnahmefall ist.

Demgegenüber ist jedoch E.R. Huber der Auffassung, der Begriff des "beliehenen Unternehmers" sei für diejenigen Fälle privater Rechtsträger nicht ausreichend, bei denen "das öffentlich-rechtliche Moment überwiegt". Als Beispiele nennt er die Deutsche Rentenbank, die Deutsche Golddiskontbank oder die Bank für deutsche Industriebobligationen. Er schlägt daher vor, in Abgrenzung vom beliehenen Unternehmer insofern von "Anstalten in privater Rechtsform" zu sprechen⁴⁷⁾. Gegen diese Differenzierung bestehen jedoch nicht unerhebliche Bedenken. Der Begriff "Anstalt in privater Rechtsform" ist "völlig unergiebig"⁴⁸⁾, weil zum einen "private Rechtsform und ... (Verf.: öffentlicher) Anstaltscharakter sich aufs strengste ausschließen"⁴⁹⁾ und weil zum anderen eine n a t ü r l i c h e

46) O. Mayer VR II S. 243; vgl. auch oben S. 7 Fußn. 7.

47) WiVR I S. 121/122.

48) Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 102.

49) Werner Weber, Körperschaften S. 69; ebenso Hans J. Wolff AÖR Bd. 76, S. 216, insb. Fußn. 16.

Person, die überwiegend oder ausschließlich eine beliebene Tätigkeit ausübt, nicht als "Anstalt" bezeichnet werden kann. Für diese Fälle - wollte man sie wirklich besonders kennzeichnen - müßte also ein anderer Begriff gefunden werden, was jedoch einer terminologischen Klarheit nicht förderlich wäre. Im übrigen führt E.R. Huber selbst keine überzeugenden Gründe für eine derartige Differenzierung an. Solche Gründe dürften auch kaum zu finden sein, zumal E.R. Huber inkonsequent die von ihm genannten typischen Fälle einer "Anstalt in privater Rechtsform" an späterer Stelle doch wieder als "beliehene Unternehmer" bezeichnet⁵⁰⁾ und damit auf eine sachliche Unterscheidung wohl selbst verzichtet. Es ist daher daran festzuhalten, alle Fälle beliehener Privatrechtssubjekte einheitlich unter dem Begriff "Beliehener" zusammenzufassen, ohne darauf abzustellen, wie sich im konkreten Einzelfall beliebene und eigene Tätigkeit zueinander quantitativ verhalten⁵¹⁾.

Für die Beleihung typisch ist hingegen überhaupt die sachliche Verbindung von beliebten Aufgaben und privater Eigentätigkeit. Diese Feststellung ergibt sich aus der Untersuchung derjenigen Fälle im geltenden Recht, die für eine Beurteilung als Beleihung überhaupt in Betracht kommen und auf die hier vorerst nur summarisch verwiesen werden kann⁵²⁾. Bei der Auswahl der Personen, denen die noch fraglichen Aufgaben übertragen werden, knüpft der Staat stets an eine b e r e i t s g e g e b e n e spezifische Sachkunde dieser Personen oder an eine Sachnähe ihrer Eigentätigkeit zu dem Aufgabenbereich an, der ihnen übertragen werden soll. Es kann demgemäß auch keine Ausbildung geben, um Beliehener zu werden, und zwar selbst dann nicht, wenn - wie z.B. im Falle des Weinkontrolleurs⁵³⁾ - die beliebene Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird. Vielmehr ist für die Beleihung kennzeichnend, daß das Privatrechtssubjekt, das beliehen wird, bereits entweder eine bestimmte Eigentätigkeit ausübt (z.B. den Beruf des Kapitäns) oder über eine bestimmte Fähigkeit verfügt (z.B. die Fähigkeit zur sog. Sinnesprobe von Weinsachverständigen), die dann jeweils zum Anlass für die

50) WIVR I S. 534.

51) Terrahe, Diss. S. 100 ff.; Steiner JUS 1969, 71.

52) Unten § 3.

53) Siehe unten § 3 Ziff. II.

Beleihung genommen und damit staatlichen Belangen nutzbar gemacht wird.

3. Begriffliche Grundlegung für den Gegenstand der Beleihung

a. Vermischung der Begriffe "öffentliche Aufgaben" und "staatliche Aufgaben"

Die Frage ist nunmehr, welche besonderen Rechte oder Befugnisse auf ein Privatrechtssubjekt durch die Beleihung übertragen werden, m.a.W. was Gegenstand der Beleihung ist, und nach welchem Kriterium dieser bestimmt werden kann. Wie dargelegt, ist dies in Rechtsprechung und Lehre völlig ungeklärt. Überwiegend wird entscheidend auf die Übertragung von Aufgaben im weitesten Sinne abgestellt, die man teils als "öffentliche", teils als "staatliche" qualifiziert. Diese Begriffe werden aber zumeist nicht erörtert, wie auch bei ihrer Verwendung eine erkennbare Differenzierung nicht vorgenommen wird, obwohl insbesondere die "begriffliche Vermischung öffentlicher und staatlicher Aufgaben ... in Literatur und Rechtsprechung zu ... schweren Fehlschlüssen und rechtlichen Irrtümern geführt" hat, wie H. Peters zutreffend bemerkt⁵⁴⁾.

Die begriffliche Vermischung zeigt sich deutlich z.B. bei Balser, der einerseits von "öffentlichen Aufgaben" spricht, deren Wahrnehmung dem Staat vorbehalten sein soll⁵⁵⁾, andererseits in ähnlichem Zusammenhang die Übertragung von "Staatsaufgaben", von "öffentlicher Verwaltung" auf private Unternehmer zur Erfüllung durch diese erwähnt⁵⁶⁾.

Ähnlich begrifflich unsauber verfährt das BVerfG in der "Notarentscheidung". Beide Begriffe werden vom Gericht ohne jeden Unterschied verwendet, wenn es einerseits ausführt, der Beruf des Notars habe die Erfüllung "staatlicher Aufgaben" zum Gegenstand, denn Rechts-

54) Festschrift f. Nipperdey S. 877.

55) Festschrift f. List S. 84.

56) Technik S. 84 f.

pflege und freiwillige Gerichtsbarkeit, deren Wahrnehmung die Hauptaufgabe des Notars sei, seien "originäre Staatsaufgaben", andererseits aber feststellt, wie der Staat d i e s e "öffentlichen Aufgaben" erledigen lasse, sei im allgemeinen Sache seines freien Ermessens⁵⁷⁾.

Welche Folgen diese begriffliche Unklarheit hat, zeigen diesbezügliche Ausführungen von Nicolaysen. Nach ihm handelt es sich bei den öffentlichen Aufgaben um Aufgaben der Eingriffsverwaltung oder der schlichten Hoheitsverwaltung, zu denen er nicht nur die Versorgung mit Gas, Wasser und Elektrizität, sondern z.B. auch sämtliche Beförderungsunternehmen, ja sogar die Aufgaben der Ärzte und Apotheker zählt⁵⁸⁾. Es mag hier noch dahinstehen, welcher Art Aufgaben die sog. staatlich gebundenen Berufe erfüllen; die Ansicht, der Arzt oder Apotheker würde Aufgaben schlicht hoheitlicher Art wahrnehmen, dürfte jedoch nach alledem, was man bisher darunter verstand, auf jeden Fall unvertretbar sein und die oben zitierte Feststellung von H. Peters nur bestätigen.

Ohne bereits über die Brauchbarkeit des Abgrenzungskriteriums "öffentliche" oder "staatliche Aufgabe" zu befinden, wäre die unterschiedslose Verwendung dieser Begriffe zur Bestimmung des Belehungsgegenstandes nur dann gerechtfertigt, wenn öffentliche und staatliche Aufgaben materiell inhaltsgleich sind. Eine solche Ansicht hält aber einer Nachprüfung nicht stand.

b. Abgrenzung der Begriffe

Im Schrifttum haben in jüngster Zeit H. Peters und H.H. Klein diese Frage untersucht und die ihrer Meinung nach für eine Abgrenzung von "öffentlichen" und "staatlichen" Aufgaben entscheidenden Kriterien dargelegt.

aa. Ansicht von H. Peters⁵⁹⁾

Ausgehend von dem Begriff der "öffentlichen Aufgaben" als solchen,

57) Beschluß v. 5.5.1964 (E 17, 371/376 f.); dazu H.H. Klein DÖV 1965, 756 f.; Leisner, Werbefernsehen S. 24 f.; ferner Jecht, Anstalt S. 84; Stein, Wirtschaftsaufsicht S. 249; Wolfg. Siebert, Rechtsgutachten S. 26 f.; Glögler, Diss. S. 21 f.

58) Festschrift f. Schack S. 112.

59) Festschrift f. Nipperdey S. 877 ff.

"an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist"⁶⁰⁾, unterscheidet er fünf Stadien: (1) völliges Überlassen ihrer Erfüllung durch Private; (2) Überwachen der Erfüllung durch Private seitens staatlicher Behörden; (3) Aufstellen abstrakter Regelungen und Richtlinien für die Aufgabenerfüllung; (4) Erfüllung durch staatliche Behörden nach staatlicher Normierung; (5) Erfüllung an sich vom Staat übernommener Aufgaben durch einen von ihm irgendwie abhängigen Rechtsträger⁶¹⁾. Ohne weiteres leuchte ein, so führt er aus, daß nur in den beiden letzten Stadien die öffentlichen Aufgaben zu S t a a t s aufgaben würden⁶²⁾. Nur wo der Staat die öffentliche Aufgabe selbst übernehme oder sie in mittelbarer Verwaltung durch eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts oder durch einen ausdrücklich mit der Übernahme beliehenen Unternehmer nach öffentlichem Recht erfüllen lasse, liege eine s t a a t l i c h e Aufgabe vor⁶³⁾. H. Peters sieht also die "staatlichen" Aufgaben nur als einen Teil (Unterfall) der "öffentlichen" Aufgaben an⁶⁴⁾.

bb. Ansicht von H.H. Klein⁶⁵⁾

H.H. Klein versucht den Begriff der staatlichen Aufgaben von Art. 30 GG her zu klären, indem er sie in das föderalistische Kompetenzverteilungssystem hineingestellt sieht⁶⁶⁾. Art. 30 GG verteile die "staatlichen" Aufgaben zwischen Bund und Ländern, scheide also damit diejenigen Aufgaben aus, die von außerhalb des staatlichen Organisationszusammenhangs stehenden Personen wahrgenommen würden. "Staatliche Aufgaben" seien folglich nur solche Tätigkeiten des Staates, deren Ausübung sich auf die Gewichtsverteilung zwischen Bund und Ländern auszuwirken vermöge. Zu ihnen sollen deshalb in erster Linie alle obrigkeitlichen Maßnahmen und solche privatrechtliche Handlungs- und Organisationsformen gehören, durch die die Kompetenzverteilung

60) a.a.O. S. 878.

61) a.a.O. S. 878/879.

62) a.a.O. S. 879.

63) a.a.O. S. 880.

64) a.a.O. S. 879.

65) DÖV 1965, 755 ff.

66) a.a.O. S. 757 f.

der Verfassung unterlaufen werde. "Staatliche Aufgaben" seien mithin diejenigen Angelegenheiten, die und soweit sie dem Staat zu eigener Erledigung im jeweils geltenden Recht zugewiesen seien⁶⁷⁾. Das wesentliche Kennzeichen der "öffentlichen Aufgaben" sei dagegen, daß sie nicht vom Staat, sondern von der Gesellschaft erfüllt würden; außer durch dieses negative Merkmal sollen sich die "öffentlichen Aufgaben" positiv dadurch auszeichnen, daß ihnen eine besondere Bedeutung für das Wohl der Allgemeinheit zukomme⁶⁸⁾. Für H.H. Klein sind somit "staatliche" und "öffentliche" Aufgaben etwas verschiedenes.

cc. Kritik

Gegenüber diesen beiden Abgrenzungsversuchen sind rechtliche Bedenken in mehrfacher Hinsicht vorzubringen.

Entscheidend soll nach H. Peters sein, ob der Staat ö f f e n t - l i c h e Aufgaben zu s t a a t l i c h e n m a c h t , indem er sie selbst erfüllt oder durch von ihm abhängige Rechtsträger erfüllen läßt⁶⁹⁾. Damit würde sich die Qualifizierung einer Aufgabe als öffentliche oder staatliche allein nach ihrem Träger bestimmen. Ein solcher Schluß von der Natur des Trägers auf die Natur der Aufgabe und Tätigkeit führt aber nicht weiter⁷⁰⁾, weil jede juristische Person des öffentlichen Rechts auch in privatrechtlichen Formen handeln, der Staat sowohl als Hoheitsträger wie als Fiskus im Rechtsverkehr auftreten kann, ohne daß diese doppel funktionelle Stellung eine doppelte Zuordnung des Rechtssubjektes selbst bewirkt⁷¹⁾. Außerdem führt diese Frage zwangsläufig zur Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts, um die es nach Meinung H. Peters bei dem hier zu klärenden Problem gerade nicht gehen soll⁷²⁾.

Darüber hinaus scheint die Argumentation von H. Peters auf einem Zirkelschluß zu beruhen. Einerseits soll typisch für den beliebigen

67) a.a.O. S. 758 l.Sp.

68) a.a.O. S. 758/759.

69) a.a.O. S. 879, 892 ff.

70) Bachof AöR Bd. 83, 235 f.

71) Vgl. die ebenfalls in diesem Sinne ablehnende Kritik von Bachof AöR Bd. 83, 230.

72) a.a.O. S. 877.

Unternehmer sein, daß diesem eine "staatliche" Aufgabe zur Erledigung übertragen ist⁷³⁾; andererseits soll eine "staatliche" Aufgabe u.a. aber gerade dann vorliegen, wenn der Staat eine "öffentliche" Aufgabe durch einen mit der Übernahme beliehenen Unternehmer erfüllen läßt⁷⁴⁾.

Schließlich stellt H. Peters seine - entschieden nur auf das Kriterium der Überlassung bzw. Inanspruchnahme abgestellte - Unterscheidung beider Aufgaben dadurch selbst wieder in Frage, daß er unvermittelt am Ende seiner Ausführungen einen "wesensmäßig hoheitlichen Bereich"⁷⁵⁾, eine "von Hause aus dem Staat obliegende ... Aufgabe" anerkennt⁷⁶⁾. Diese sollen "staatliche" Aufgaben anscheinend von Natur aus sein, obwohl kurz davor eindeutig gesagt wird, daß die öffentlichen Aufgaben erst zu staatlichen "werden" können. Aus welchen Gründen "öffentliche" Aufgaben, die nach Auffassung von H. Peters an sich doch stets auch von Privaten erfüllt werden können, durch Übernahme und Erfüllung durch den Staat nun zu derart "echten" staatlichen Aufgaben werden sollen⁷⁷⁾, bleibt unklar⁷⁸⁾. So anregend und fördernd die Ausführungen von H. Peters für das Verständnis der Unterscheidung von öffentlichen und staatlichen Aufgaben überhaupt zweifellos sind, so lassen sie doch die Abgrenzung beider - gerade im Hinblick auf die Aufgaben des Beliehenen - nach wie vor problematisch erscheinen.

Ebensowenig kann die Unterscheidung H.H. Kleins das Problem zufriedenstellend lösen, da sie durch die Anknüpfung an Art. 30 GG von einer unrichtigen Prämisse ausgeht. Zutreffend stellt er zwar fest, daß Art. 30 GG die "staatlichen Aufgaben" zwischen Bund und Ländern verteilt. Deren materielle Bestimmung setzt Art. 30 GG aber bereits

73) a.a.O. S. 894.

74) a.a.O. S. 880.

75) a.a.O. S. 892.

76) a.a.O. S. 894.

77) a.a.O. S. 892.

78) Die Kritik H. Peters a.a.O. S. 877 an der Entscheidung des BVerfG v. 28.2.1961 (E 12, 205/243) mit dem Argument, daß eine "öffentliche" Aufgabe dann, wenn sich der Staat mit ihr befaßt, zu einer "staatlichen" Aufgabe wird, ist daher - an seinen eigenen Ausführungen gemessen - nicht überzeugend.

voraus und gibt sie nicht selbst. Insbesondere läßt sich aus Art. 30 GG nicht herleiten, daß "staatliche Aufgaben" die Angelegenheiten sind, die und soweit sie dem Staat zu eigener Erledigung übertragen worden sind, mag dies letzte auch m.E. der richtige Ansatzpunkt für eine Abgrenzung sein.

Soweit H.H. Klein und H. Peters die staatlichen Aufgaben und die öffentlichen Aufgaben jeweils von ihrem privatrechtlichen oder staatlichen Träger her bestimmen wollen, ist dieses Kriterium - wie dargestellt - mit der noch immer herrschenden Auffassung von der juristischen Person unvereinbar. Fraglich bleibt danach insbesondere, welche Art von Aufgaben, staatliche oder öffentliche, der Staat wahrnimmt, wenn er z.B. Aufgaben erfüllt, die eigentlich nach H.H. Klein als "öffentliche" Aufgaben von der Gesellschaft erledigt werden müßten.

Für die Abgrenzung ungeeignet ist schließlich die Behauptung, die öffentlichen Aufgaben grenzen sich von den staatlichen durch ihre besondere Bedeutung für das Wohl der Allgemeinheit ab; denn daß dies auch oder gerade für die dem Staat übertragenen Aufgaben schlechthin gilt, erklärt sich aus dem Wesen des Staates von selbst⁷⁹⁾.

c. Eigener Abgrenzungsversuch

Es soll im folgenden versucht werden, die Abgrenzung beider Aufgabenbereiche abweichend von den dargestellten Meinungen vorzunehmen und so zu einer klaren Bestimmung des Gegenstandes der Beleihung zu gelangen. Auszugehen ist von dem Gegensatz Staat - Privater, wie er von der Rechtsordnung vorgegeben ist. Beiden obliegen ihnen eigentümliche, bestimmte Tätigkeitsbereiche, und es ist mit Klaus Vogel zu fragen, "ob sich von der inneren Struktur des menschlichen Handelns

79) Wie H.H. Klein DÖV 1965, 757 f. geht auch Zeidler AÖR Bd. 86, 397 f. davon aus, daß für die Anwendung der Kompetenzregeln des GG die "staatliche Aufgabe" entscheidend sei. Zuzustimmen ist ihm aus den sogleich darzulegenden Gründen, daß die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln, Kleidung etc. eine "öffentliche Aufgabe" ist. Unklar bleibt aber die daraus gezogene Folgerung, die Bestimmung der "öffentlichen Aufgabe" sei "immer Sache des Staates selbst" und gebe es "an sich nur im Falle der sog. Eingriffsverwaltung"; demgegenüber würde auf dem Gebiete des Güteraustausches oder der Leistungsverwaltung allein der formale (?) Anknüpfungspunkt "staatliche Tätigkeit" weiterführen. M.E. dürfte es gerade umgekehrt liegen.

her, durch Analyse und Vergleich privaten und staatlichen Tuns, ein Kreis von Tätigkeiten bestimmen läßt, die dem Staat eigentümlich - und darum verleihbar - sind, mögen sie auch nur einen Teil der gesamten staatlichen Tätigkeit ausmachen"⁸⁰⁾. Welche Kriterien für eine solche Analyse bestimmend sein müssen, hat G. Jellinek in aller Schärfe herausgearbeitet⁸¹⁾, was hier - allerdings angepaßt an die Grundrechtskonzeption des Grundgesetzes - nutzbar gemacht werden kann. Ausgangspunkt ist insofern die "natürliche Freiheit" des Menschen im Sinne "der vom Staate unabhängigen psychisch-physischen Handlungsmöglichkeit"⁸²⁾, die von der Rechtsordnung prinzipiell anerkannt wird und unberührt bleibt. Die Rechtsordnung kann nun aber diese natürliche Handlungsfähigkeit erweitern, indem sie bestimmte Handlungen für rechtlich relevant erklärt und unter ihren besonderen rechtlichen Schutz stellt. Denn die Fähigkeit, g e g e n ü b e r a n d e r e n M e n s c h e n bestimmte Rechte und Pflichten zu erwerben und aufzugeben sowie Verpflichtungen einzugehen, liegt nicht schon in der natürlichen Freiheit des Menschen begründet, sondern beruht auf einem von der Rechtsordnung ausdrücklich verliehenen Können; nur die rechtliche Anerkennung läßt das natürliche Können insofern zu einem rechtlich relevanten Können werden. Die Gesamtheit des von der Rechtsordnung als rechtlich relevant anerkannten Handelns der Einzelmenschen untereinander und zueinander ist das r e c h t l i c h e K ö n n e n ⁸³⁾. Dieses rechtliche Können ist kraft der Zuordnung der Rechtsfähigkeit durch Geburt und kraft der sich daran anschließenden Rechte und Pflichten jedem Privatrechtssubjekt gegeben und hat - mit zwangsläufigen Ausnahmen, die hier außer Betracht gelassen werden dürfen - seinen Niederschlag in der Privatrechtsordnung gefunden.

Vergleicht man nun dieses rechtliche Können des Privatrechtssubjekts mit dem rechtlichen Können des Staates, welches diesen befähigt, die ihm von der Verfassung zugewiesenen Funktionen der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung (vgl. Art. 20 II 2 GG) auszuüben, so

80) Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 77/78.

81) System S. 45 ff.

82) G. Jellinek, System S. 46 Fußn. 1.

83) G. Jellinek, System S. 47.

liegt die Annahme nahe, daß es sich dabei schlechthin um ein dem Können des Privatrechtssubjekts überlegenes rechtliches Können handelt. Nur die organisierte Gesamtheit, so wird man sagen, nicht dagegen die einzelne Privatperson, ist befähigt, in rechtlich relevanter Weise z.B. ein Gesetz zu beschließen, ein Urteil zu sprechen oder einen Verwaltungsakt zu erlassen. Denn Träger der Zuständigkeit (Kompetenz)⁸⁴⁾, die die rechtliche Fähigkeit zur Erfüllung dieser Aufgaben gibt und auf die diese Aufgaben letztlich auch zurückzuführen sind, ist grundsätzlich nur der Staat (Bund oder Länder, Art. 30 GG), auf dessen Gesetzgebungs-, Rechtsprechungs- und Verwaltungsorgane allein sie arbeitsteilig verteilt sind⁸⁵⁾.

Es ist jedoch fraglich, ob man eine solche Feststellung auch bezüglich der vollziehenden Gewalt, der "öffentlichen Verwaltung" aufrechterhalten kann, oder ob sie nicht insofern vielmehr einer Konkretisierung bedarf. Denn die Bestimmung dessen, was als öffentliche oder staatliche Verwaltung zu verstehen ist, genauer: welche Tätigkeitsbereiche ihr zuzuordnen sind, hat in den letzten Jahrzehnten einen spürbaren Wandel erfahren. Unabhängig zunächst davon, wie man das Verwaltungshandeln heute einteilt und welche Kriterien dieser Einteilung zugrunde gelegt werden, so ist doch zu berücksichtigen, daß im Bereich der Verwaltung der Staat sich zum Teil der gleichen Rechtsformen bedienen kann oder gar muß wie der Private, z.B. beim Abschluß von Kaufverträgen, der Übereignung von Grundstücken etc.. Im Hinblick hierauf hat demzufolge die klassische Verwaltungsrechtslehre, anknüpfend an die Kriterien der Subjektionstheorie, das Verwaltungshandeln nach der Form in die hoheitliche und die nichthoheitliche (fiskalische) Verwaltung eingeteilt⁸⁶⁾. Das bedeutet aber nach dem gerade Ausgeführten nichts anderes, als daß sich der Bereich der fiskalischen Staatsverwaltung, gemessen an dem Können, das zu seiner rechtlich relevanten Wahrnehmung erforderlich ist, in nichts von den allgemeinen privaten Tätigkeitsbereichen unterscheidet, m.a.W. daß die fiskalische Verwaltung des Staates über das rechtliche Vermögen des Privaten nicht hinausgeht.

84) Vgl. dazu insb. Hans J. Wolff VR II § 72 I, S. 12 ff.; Forsthoff VR S. 418 ff.; Becker, Verwaltungsaufgaben S. 209 ff.; v.Mangoldt-Klein GG Art. 30 Anm. III, alle m.w.N.

85) Art. 20 II 2 GG; Art. 4, 5 bayVf; Art. 3 I blnVf; Art. 67 breVf; Art. 25 I 2 bwVf; Art. 3 nwVf; Art. 2 I ndsVf; Art. 77 rhpfVf; Art. 64 saarlVf; Art. 2 III schlhLS.

86) Vgl. insb. W. Jellinek VR S. 20 f.

Diese auf der Antithetik staatlicher Zwang - individuelle Freiheit beruhende Einteilung der klassischen Verwaltungsrechtslehre ausschließlich nach der Form des Handelns ist seit einiger Zeit im zunehmenden Umfang aufgegeben worden. Infolge der Entwicklung vom Obrigkeitsstaat zum sozialen Rechtsstaat gewinnt neben der Eingriffsverwaltung der Bereich der Leistungsverwaltung wachsende Bedeutung. Dessen Einordnung in die bisherige Systematik des Verwaltungshandelns erweist sich jedoch insofern als problematisch, als die Leistungsverwaltung teils in öffentlich-rechtlicher, teils in privatrechtlicher Form vollzogen wird. Das Verwaltungshandeln wird deshalb heute nicht mehr nur formell, sondern weitgehend nach materiellen Kriterien bestimmt. So unterscheidet die wohl bereits herrschende Funktionstheorie⁸⁷⁾ zwar ebenfalls zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltungstätigkeit und rechnet zur ersteren die obrigkeitliche und die pflegende (schlichthoheitliche) Verwaltung, zur zweiten die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und die sog. Hilfsgeschäfte der Verwaltung, aber die leistende Verwaltung in privatrechtlicher Form wird demgegenüber als besonderer Verwaltungsbereich erkannt und beurteilt, weil und soweit sie unmittelbar öffentlichen Zwecken dient. Uneinigkeit besteht nur bezüglich ihrer Einordnung in die genannten beiden großen Verwaltungsbereiche: Sie wird entweder der hoheitlichen Verwaltung als besonderer - dritter - Bereich⁸⁸⁾ oder der nichthoheitlichen Verwaltung als besonderer - zweiter - Bereich⁸⁹⁾ zugeordnet.

Im Hinblick auf diese Ausführungen ist nunmehr zu fragen, ob sich an der oben getroffenen Feststellung, daß nämlich dem privaten rechtlichen Können nur die hoheitliche Verwaltung in öffentlich-

87) Sie wird etwa vertreten von Bachof AöR Bd. 83, 232; Haas DVBl. 1960, 304; Ipsen, Subventionierung S. 19; Rupp, Privateigentum S. 18; Wolfg. Siebert, Festschrift f. Niedermeyer S. 215 f.

88) Bachof DÖV 1953, 423; ders. VVDStRL 12, 62; Evers NJW 1960, 2076; Ipsen, Subventionierung S. 19; Herb. Krüger BB 1953, 567; Mallmann VVDStRL 19, 167 f.; ReuB, Jubiläumsschrift S. 263.

89) E.R. Huber WiVR I S. 56; Zeidler VVDStRL 19, 210; unklar Wolfg. Siebert, Festschrift f. Niedermeyer S. 220.

rechtlichen Formen, nicht dagegen die nichthoheitliche Verwaltung in bürgerlich-rechtlichen Formen überlegen ist, dadurch etwas ändert, daß man die leistende Verwaltung zu unmittelbar öffentlichen Zwecken in privatrechtlicher Form dem Bereich der sog. hoheitlichen Verwaltung zuordnet. Das ist zu verneinen. Man muß sich darüber im klaren bleiben, daß diese und ähnliche Versuche, den Bereich der sog. hoheitlichen Verwaltung auszudehnen, nur von der Vorsorge bestimmt sind, der Staat könne sich durch die "Flucht ins Privatrecht" der ihm für sein Handeln verfassungsrechtlich auferlegten öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen und sie dadurch ihres Inhalts entleeren. Berücksichtigt man, daß der Staat zur Verwirklichung seiner Zwecke tatsächlich zunehmend in das Privatrecht hinüberwechselt, für das diese speziellen Bindungen ja grundsätzlich nicht gelten, so erscheint jene "dynamische Interpretation" des Begriffs "öffentliche Verwaltung", die auch das ausgeweitete privatrechtliche Handeln des Staates zu unmittelbar öffentlichen Zwecken an die Regeln des öffentlichen Rechts binden will, allein dem Geiste des Grundgesetzes gerecht werden⁹⁰⁾. Doch wäre es verfehlt, der hierauf beruhenden Neueinteilung des Verwaltungshandelns über diesen Zweck hinaus auch für die Beurteilung anderer Fragen Allgemeingültigkeit beizumessen. Gerade der hier angestellte Vergleich des rechtlichen Könnens, das dem privaten und dem staatlichen Handeln zugrunde liegt, und zwar insbesondere im Hinblick auf das staatliche Verwaltungshandeln, macht dies deutlich. Denn der Rechtswert eines privatrechtlichen Verwaltungshandelns des Staates bezüglich der ihm zugrunde liegenden Rechtsmacht bleibt stets derselbe, und zwar auch unabhängig davon, welchen besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen man es unterstellt⁹¹⁾.

Die weiter oben geäußerten Bedenken gegen die Feststellung, daß
s c h l e c h t h i n der "Verwaltung" ein dem Privatrechtssubjekt

90) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 19 IV Rdn. 19; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 33 Rdn. 33. Nach Ansicht Thiemes, Der öffentliche Dienst S. 56, fällt unter den Begriff "hoheitsrechtlich" (iSd Art. 33 GG) nur der engste Bereich des zwangsweisen, freiheitsbeschränkenden Eingriffs, nicht dagegen die schlichthoheitliche Verwaltung.

91) Dazu Fischerhof DÖV 1957, 305; Ballerstedt BB 1958, 126.

überlegenes rechtliches Können eigentümlich sei, stellen sich infolgedessen für diese Untersuchung als begründet heraus. Eine Aussage in dieser Form ist nicht haltbar. Vielmehr muß man die verschiedenen Tätigkeitsbereiche der Verwaltung nach dem ihnen immanenten Rechtswert unterscheiden, mögen sie nun jeweils den öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen oder nicht. Eine solche Differenzierung führt aber dazu, neben der fiskalischen Verwaltung auch die Verwaltung zu unmittelbar öffentlichen Zwecken in privatrechtlicher Form aus demjenigen staatlichen Verwaltungshandeln auszuklammern, das der Privatinitiative mangels des besonderen rechtlichen Könnens verschlossen ist.

Für die vorliegende Untersuchung ergibt sich somit zunächst, daß im Gemeinwesen Staat ganz allgemein zwei große Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche unterschieden werden können, die nach dem jeweils zu ihrer Erfüllung notwendigen rechtlichen Können bestimmt werden. Das Abgrenzungskriterium hierfür ist also nicht materieller, sondern allein formeller Natur. Die Aufgabe im materiellen Sinne ist als Abgrenzungskriterium deshalb unbrauchbar, weil ihr Inhalt unabhängig von der Wahrnehmung durch Hoheitssubjekte oder Privatrechtssubjekte stets der gleiche ist und auch sein muß. Entscheidend ist vielmehr die zu der Wahrnehmung einer materiellen Aufgabe erforderliche Rechtsmacht. Diese ist hinsichtlich bestimmter Aufgaben für Hoheitssubjekte und Privatrechtssubjekte unterschiedlich ausgestaltet. Im staatlichen Bereich spricht man insoweit von der Z u s t ä n - d i g k e i t (Kompetenz) zur Erledigung einer Aufgabe⁹²⁾. Sie ist das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung derjenigen Aufgabengebiete, die Hoheitssubjekte oder Privatrechtssubjekte wahrnehmen können.

Zu fragen ist, in welchen dieser beiden Bereiche die sog. "öffentlichen Aufgaben" einzuordnen sind. Was darunter zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Zeidler nennt als Beispiele die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln, Kleidung, Brennmaterial etc.⁹³⁾. H. Peters versteht, wie dargelegt, öffentliche

92) Vgl. hierzu namentlich Hans J. Wolff VR II § 72, S. 12 ff., insb. § 72 I c 1 u. 2, S. 14; siehe auch schon oben S. 22 f.

93) AöR Bd. 86, 397.

Aufgaben als solche, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgebend interessiert ist⁹⁴⁾. Nach Leisner handelt es sich bei der öffentlichen Aufgabe um einen allgemeinen Begriff, dem Funktionen zuzurechnen sind, die "von einem bedeutenden öffentlichen Interesse getragen werden"⁹⁵⁾. In der Tat scheint hier das Wesentliche der öffentlichen Aufgaben zu liegen. Sie zu bestimmen, ist nicht Sache des Staates⁹⁶⁾, vielmehr bestimmen sie sich selbst durch ihren "öffentlichen" Zweck. "Öffentliche Aufgaben" sind demnach alle diejenigen Aufgaben, an deren Erfüllung die Allgemeinheit ein besonderes Interesse hat, weil sie lebensnotwendig sind und daher von irgend jemand notwendigerweise erfüllt werden müssen⁹⁷⁾. Auf die ihrer Wahrnehmung zugrundeliegende private oder spezifisch staatliche Rechtsmacht (Kompetenz) kommt es insofern nicht an; allein entscheidend ist der öffentliche Zweck (Gemeinwohlinteresse), mit dem sie insoweit identifiziert werden können.

Als Ergebnis ist demnach zunächst festzuhalten, daß der Staat kraft der ihm von der Rechtsordnung zugewiesenen Kompetenzen Aufgaben sowohl in öffentlich-rechtlichen als auch in privatrechtlichen Handlungsformen wahrnehmen kann. Aber gleichviel, in welchen Handlungsformen er tätig wird, handelt es sich stets um öffentliche Aufgaben. Denn im demokratischen Rechtsstaat ist alle Staatstätigkeit am Gemeinwohl als dem Zweck allen staatlichen Tuns ausgerichtet und in diesem Sinne "öffentlich"⁹⁸⁾. Der Private dagegen kann nach dem Gesagten kraft der ihm von der Rechtsordnung verliehenen Rechtsmacht Aufgaben zunächst nur in privatrechtlichen Handlungsformen wahrnehmen. Offen ist, ob er auch Träger hoheitlicher Kompetenzen sein kann; diese Frage wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit untersucht werden. Der Private kann aber auch öffentliche Aufgaben wahrnehmen, was er nach dem hier Ausgeführten immer

94) Festschrift f. Nipperdey S. 878; ebenso Becker, Verwaltungsaufgaben S. 187.

95) Werbefernsehen S. 26.

96) So aber Zeidler AöR Bd. 86, 398.

97) Ebenso Balser, Festschrift f. List S. 177 f.; ders., Technik S. 84 f.; H. Peters a.a.O. S. 878; Leisner a.a.O. S. 25 f.

98) Köttgen, Erwerbswirtschaftl. Betätigung S. 14 f.; Hans J. Wolff VR I § 29, S. 145 ff.

dann tut, wenn seine private Tätigkeit öffentlichen Zwecken und damit dem Gemeinwohl dient, z.B. bei der Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser und Elektrizität, dem Betrieb von Personenbeförderungsunternehmen, von Krankenhäusern, der Tätigkeit als Arzt und Apotheker, bei der Brandbekämpfung etc.. Ob hierzu allerdings auch stets das t a t s ä c h l i c h e Können Privater ausreicht, ist dabei nicht maßgebend⁹⁹⁾.

Danach fragt es sich, ob öffentliche Aufgaben, obwohl sie nach dem bisher Gesagten an sich von jedem Rechtssubjekt wahrgenommen werden können, dennoch Gegenstand einer Beleihung sein, d.h. den Privatrechtssubjekten generell oder teilweise vorenthalten und erst durch Beleihung zugänglich gemacht werden können. Weiterhin ist zu fragen, ob es zulässig ist, Privatrechtssubjekten spezifisch staatliche Funktionen als Gegenstand der Beleihung zu übertragen. Beides ist im folgenden zu untersuchen.

4. "Öffentliche Aufgaben" kein Gegenstand der Beleihung

Die Auffassung, auch öffentliche Aufgaben seien dem Staat schlechthin vorbehalten, wurde bereits von Schelcher für die Eisenbahnen vertreten. Es sei von jeher eine der vornehmsten Aufgaben des Staates gewesen, die Anstalten für den Verkehr der Menschen untereinander zu verbessern, und sie könne wegen des Interesses der Allgemeinheit nicht der Privattätigkeit überlassen bleiben¹⁰⁰⁾. Ebenso ist R. Mayer der Ansicht, daß der ungestörte Vollzug der Eisenbahn ein staatliches Interesse erster Ordnung darstelle und daher eine dem Staat zukommende öffentliche Aufgabe sei, deren Erfüllung allenfalls auf einen Privatunternehmer "delegiert" werden könne¹⁰¹⁾. Cantner meint, daß Kleinbahnen ebenfalls dem öffentlichen Interesse dienen und daher "nur aus bestimmten Gründen" Privaten zur Wahrnehmung überwiesen werden dürften¹⁰²⁾. L. Richter dehnt diese Auffassung

99) Im Ergebnis dürfte die hier getroffene Abgrenzung der von Leisner a.a.O. S. 14 ff., 22 ff. nahekommen. Unklar bleibt bei seinen Ausführungen allerdings, welches Kriterium er letztlich zugrunde legen will.

100) FischersZ Bd. 20, 34 f.

101) DÖV 1950, 422 f.

102) Diss. S. 45.

auf das Personenkraftfahrwesen aus, das sich gleichsam als "natürliche Aufgabe der öffentlichen Verwaltung" darstelle¹⁰³⁾. Für die Stromversorgung ist Friedr. List der Meinung, daß sie letzten Endes und eigentlich die Erfüllung einer "öffentlichen Aufgabe" bedeute, deren Wahrnehmung durch Private der Staat daher "nur" erlaube bzw. dulde¹⁰⁴⁾. Schließlich vertritt Balser die Auffassung, daß ganz allgemein die Erfüllung der lebenswichtigen, notwendigen, gemeinnützigen und damit öffentlichen Aufgaben mindestens heute nicht mehr im Machtbereich einer Privatperson liege, sondern dem Staat vorbehalten sei. Es sei die Aufgabe des Staates, der Allgemeinheit die Gemeingüter und -leistungen zukommen zu lassen, auf die sie angewiesen sei und auf die sie einen Anspruch habe¹⁰⁵⁾.

Gegen die in diesen beispielhaften und beliebig zu vermehrenden Äußerungen¹⁰⁶⁾ zum Ausdruck kommende Ansicht, dem Staat allein stehe es zu, die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben zu erfüllen, bestehen erhebliche Bedenken. Diese ergeben sich aus der Rechtswirklichkeit, dem Grundrecht der Berufsfreiheit und dem Subsidiaritätsprinzip.

a. Rechtswirklichkeit

Daß alle staatliche Tätigkeit im besonderen Maße von der Sorge um das Allgemeinwohl beherrscht wird, wurde bereits angedeutet. Daraus aber auf ein staatliches "Monopol auf die Gemeinnützigkeit"¹⁰⁷⁾ zu schließen, wäre mit den realen Rechtsgegebenheiten nur schwerlich in Einklang zu bringen. Mag das Handeln des Privaten auch in erster Linie nicht von altruistischen, sondern von egoistischen Motiven be-

103) VVDStRL 6, 92.

104) Energierecht S. 44.

105) Festschrift f. List S. 177 f. - Unklar ist, worauf zutreffend Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 61 Fußn. 10 a hinweist, ob Forsthoff sich ebenfalls in diesem Sinne verstanden wissen will, wenn er VR S. 484 ausführt, es gebe "Obliegenheiten, die notwendig von der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen sind, Verwaltungsgeschäfte dem Wesen nach. Dazu gehört der Bereich der Daseinsvorsorge ...". Vgl. dazu Bachof AOÄR Bd. 83, 233 f.; unklar auch Merk VR S. 739.

106) Vgl. insoweit auch Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 61 ff.

107) Köttgen VVDStRL 6, 141 Fußn. 54.

stimmt sein, so hieße es doch die Wirklichkeit verkennen, wollte man übersehen, daß eine sehr große Anzahl Privater ihre Arbeit in den Dienst der Allgemeinheit stellt und dem Staat insoweit nicht nachsteht¹⁰⁸⁾. Als Beispiele seien nur erwähnt private Krankenanstalten, Erholungs-, Kinder-, Altersheime, private Personenbeförderungsunternehmen, Versicherungen, Banken usw.. Letztlich arbeitet die gesamte private Wirtschaft im weiteren Sinne für das Gemeinwohl, was wohl keiner besonderen Begründung bedarf.

Diesem tatsächlichen Tätigwerden Privater im Gemeinwohlinteresse kraft eigener Initiative trägt auch die Rechtsordnung vielfach Rechnung. In allen diesen Fällen werden lebenswichtige und notwendige, mithin öffentliche Aufgaben und Tätigkeiten Privaten nicht etwa verliehen, sondern lediglich ihre Zulassung und Ausübung wegen des besonderen Zweckes und des öffentlichen Interesses, das die Allgemeinheit an ihnen hat, geregelt (z.B. durch Erlaubnis- und Genehmigungsverfahren) und (oder) beaufsichtigt¹⁰⁹⁾. Das bestätigt aber die Auffassung, daß die öffentlichen Aufgaben auch dadurch nicht zum Gegenstand der Beleihung werden, daß der Staat sie den Privatrechtssubjekten generell vorenthält, um sie diesen dann durch Beleihung zugänglich zu machen.

b. Art. 2 I, 12 I GG

Für diese Ansicht sprechen weiterhin auch die aus Art. 2 I und 12 I GG herzuleitenden Grundsätze. Nach heute überwiegender und gefestigter Anschauung schützt Art. 2 I GG als "Hauptfreiheitsrecht"¹¹⁰⁾ nicht nur die Entfaltung innerhalb jenes Kernbereichs, der das Wesen des Menschen als geistig-sittliche Person ausmacht¹¹¹⁾, sondern die "Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn"¹¹²⁾, auch auf

108) Dazu Köttgen, Erwerbswirtschaftliche Betätigung S. 13 f.; v. Köhler, Grundlehren S. 143 f.; Arendt DV 1949, 148; Bullinger VVDStRL 22, 317 Fußn. 226; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 62 f..

109) Z.B. gem. § 30 GewO (Privatkrankenanstalten u. ähnliche Anstalten); § 2 PBefG (Personenbeförderung); § 1 EnergG (Energiewirtschaftsunternehmen); §§ 1, 32 KreditwesG (Kreditinstitute); §§ 1, 2 BörsG (Börsen) u.a.m..

110) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 2 Rdn. 6.

111) So v. Mangoldt-Klein GG I Art. 2 Anm. III 6 c.

112) BVerfG v. 16.1.1957 (E 6, 32/36).

wirtschaftlichem Gebiet¹¹³⁾.

Eine besondere Ausprägung dieses umfassenden Freiheitsrechtes stellt Art. 12 I GG, die Freiheit des Berufs, dar¹¹⁴⁾. Art. 12 I GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen¹¹⁵⁾. Aus dieser Grundauffassung der Verfassung und des von ihr vorausgesetzten Menschenbildes folgt, daß der freien und selbstverantwortlichen Persönlichkeit auch bei der Berufswahl die größtmögliche Freiheit gewahrt bleiben soll, und daß diese Freiheit nur insoweit eingeschränkt werden darf, als es zum Gemeinwohl unerlässlich ist¹¹⁶⁾.

Art. 12 I GG gilt - und dies ist von entscheidender Wichtigkeit - auch für Berufe, "die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staat, vorbehalten bleiben müssen"¹¹⁷⁾. Sie können von dem Einzelnen grundsätzlich frei gewählt werden. Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 II GG können nur dann eintreten, wenn es sich um die Wahrnehmung "staatlicher Aufgaben" außerhalb des öffentlichen Dienstes handelt, und zwar nur dann, wenn der Beruf nahe an den öffentlichen Dienst herangeführt wird¹¹⁸⁾. Zutreffend hat daher das BVerfG auch ausgeführt, es bedürfe keiner näheren Erörterung, daß der Staat das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht lediglich

113) BVerfG v. 20.7.1954 (E 4, 7/15 f.); E.R. Huber WiVR I S. 660 f.; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 2 Rdn. 11; Maunz, Staatsrecht S. 156 f.; Stern AöR Bd. 84, 150 meint: "In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Freiheitsrechte darf nur noch gefragt werden, ob einer Wirtschaftstätigkeit durch die Rechtsordnung (verfassungsrechtlich zulässige) Schranken gezogen sind, m.a.W. ob irgendwelche Genehmigungsakte erforderlich sind, um die Tätigkeit zu erlauben, oder ob die Tätigkeit ohne Erlaubnisvorbehalt schon auf Grund der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgeübt werden kann". - Ipsen AöR Bd. 90, 430 bezeichnet die allgemeine Entfaltungsfreiheit des Art. 2 I GG im wirtschaftlichen Bereich sogar ausdrücklich als "Wirtschaftsfreiheit".

114) BVerfG v. 17.7.1961 (E 13, 97/104); v. 30.10.1961 (E 13, 181/185).

115) BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/397); BVerfG v. 17.2.1953 (E 1, 54); vgl. Hamann GG Art. 12 Anm. B 2 b; Über, Freiheit des Berufs S. 80 ff..

116) BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/405); Bachof GR III/1 S. 168 f..

117) BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/397); v. 5.5.1964 (E 17, 371/377); v. Mangoldt-Klein GG I Art. 2 Anm. III 6 c.

118) Auf diese Frage wird an anderer Stelle (unten § 7) noch näher einzugehen sein.

dadurch ausschalten könne, daß er eine Tätigkeit, die "an sich wirtschaftlicher Art" ist, zur hoheitlichen Aufgabe erkläre. Das Gericht hat deshalb zu Recht die Zulässigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols an den strengen Erfordernissen des Art. 12 I GG gemessen¹¹⁹⁾. Somit ergibt sich aber auch aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit, daß sich die Annahme, die öffentlichen Aufgaben könnten vom Staat beliebig in Anspruch genommen, auf diese Weise zu staatlichen gemacht und d e s h a l b zum Gegenstand der Beleihung werden, nicht aufrechterhalten läßt.

c. Subsidiaritätsprinzip

Schließlich ist zu bedenken, daß für die gesamte Rechtsordnung das in Art. 20 I und 28 I GG zum Verfassungsrang erhobene Prinzip der Sozialstaatlichkeit gilt¹²⁰⁾. Obwohl der Begriff des Sozialstaates in dem vom Grundgesetz verwandten Sinne noch weitgehend ungeklärt ist¹²¹⁾, genügt es hier festzustellen, daß die Sozialstaatsklausel die Ermächtigung und die Verpflichtung des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung, zur "Herstellung und Wahrung 'sozialer Gerechtigkeit'" beinhaltet¹²²⁾. Sie enthält damit zugleich aber auch eine Ermächtigung und Verpflichtung des Staates zur "Leistung und Verteilung zum Zwecke der Daseinsvorsorge"¹²³⁾ und der Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für einen jeden.

Ist der Staat somit verpflichtet, helfend und fördernd einzugreifen, so ist er gleichwohl nicht frei, sondern auch insoweit den Geboten des Rechtsstaates unterworfen. Bestandteil des in Art. 20 I und Art. 28 I GG verankerten Rechtsstaatsprinzips ist auch das in diesem Zusammenhang besonders interessierende S u b s i d i a r i t ä t s - p r i n z i p. Es bedeutet, "daß in erster Linie die kleinere Gemeinschaft wirken soll und mit staatlichen Mitteln erst einzugrei-

119) BVerfG v. 4.4.1967 (E 21, 245 ff./248 ff.).

120) Hesse, Grundzüge S. 84; Hans J. Wolff VR III § 138 I b, S. 133.

121) Nachweise bei Hans J. Wolff VR III § 138 I, S. 132 f.; v. Mangoldt-Klein GG I Art. 20 Anm. VII; Ballerstedt GR III/1 S. 51.

122) Bachof VVDStRL 12, 40; ähnlich Ballerstedt III/1 S. 55; Maunz, Staatsrecht S. 67 ff.; v. Münch JZ 1960, 303.

123) Forsthoff, Verfassungsprobleme S. 8, 9; vgl. auch Bachof VVDStRL 12, 39 ff.; Hesse, Grundzüge S. 84; aA. v. Münch JZ 1960, 304 r.Sp..

fen ist, wenn es unausweichlich wird"¹²⁴⁾. Die dem Staat durch das Sozialstaatsprinzip aufgegebenen Verpflichtungen sind nur subsidiärer Natur, denn zuerst obliegt der nach Vorstellung des Grundgesetzes freien und selbstverantwortlichen Persönlichkeit die Beschaffung und Sicherstellung der lebenswichtigen Güter, also die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben im hier dargelegten Sinn. Auch nach dem Subsidiaritätsprinzip kann also die oben wiedergegebene Lehre nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr ergibt sich, ohne daß auf die mit dem Sozialstaats- und Subsidiaritätsprinzip zusammenhängenden Problemkreise weiter eingegangen zu werden braucht: Weist das Subsidiaritätsprinzip dem Staat die Wahrnehmung und Erfüllung auch der öffentlichen Aufgabe nur subsidiär zu, so können diese dem primär verantwortlichen Privaten nicht derart vorenthalten sein, daß er für die Wahrnehmung einer besonderen Beleihung durch den Staat bedarf. Aus dem Subsidiaritätsprinzip ist sogar umgekehrt eine "grundsätzliche Beweisvermutung zugunsten der Kompetenzen des Einzelnen und der innerstaatlichen Gemeinschaften"¹²⁵⁾ herzuleiten, und es ist gerade der Staat, der sich im öffentlichen Aufgabenbereich Zurückhaltung aufzuerlegen hat¹²⁶⁾.

d. Ergebnis

Die angestellten Untersuchungen haben die Verbindungslinien aufgezeigt, die zwischen dem Sozialstaatsprinzip und dem diesem immanenten Subsidiaritätsprinzip, der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Freiheit des Berufs bestehen. Die Berufsfreiheit ist "durch die Sozialstaatlichkeit weithin geradezu geboten"¹²⁷⁾. Die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 III GG) und die Bindung der legislativen, exekutiven und judikativen Staatsgewalt an die Grundrechte (Art. 1 III GG) verbieten es, der natür-

124) BVerfG v. 29.7.1959 (E 10, 59/83); ebenso v. Münch JZ 1960, 304; Hans J. Wolff VR III § 138 II c 1, S. 134; gesetzliche Konkretisierungen des Subsidiaritätsprinzips finden sich z.B. in § 2 BundessozialhilfeG, § 69 I Ziff. 1 nW-Gemeindeordnung.

125) Süsterhenn, Festschrift f. Nawiaskey S. 148/149; vgl. Stern AöR Bd. 84, 156, 157.

126) Das verbietet selbstverständlich nicht, daß die staatliche Rechtsordnung für bestimmte öffentliche Aufgabenbereiche Genehmigungsvorbehalte usw. vorsieht; zur Abgrenzung derselben von der Beleihung vgl. u. § 2.

127) Hamann GG Art. 12 Anm. A 2 b; Werner DVBl. 1955, 562/564.

lichen oder der juristischen Person¹²⁸⁾ des Privatrechts den im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabenbereich zu entziehen. Vielmehr ist er der privaten Initiative prinzipiell frei zugänglich, und die private Handlungsfähigkeit, das rechtlich relevante private Können, ist für ihre Wahrnehmung und Erfüllung ausreichend. Einer Beleihung mit öffentlichen Aufgaben bedarf es somit nicht. Soweit eine s o l c h e Beleihung dennoch gesetzlich vorgesehen oder auf Grund einer gesetzlichen Regelung erfolgt wäre, würde dies verfassungswidrig sein. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß "öffentliche Aufgaben" nicht Gegenstand und Kriterium der öffentlich-rechtlichen Beleihung sein können.

5. "Spezifisch staatliche Funktionen" als Gegenstand der Beleihung

Man könnte daher meinen, daß die bisherige Erörterung bereits eine erste Begriffsbestimmung der Beleihung erlaubt. Nachdem geklärt ist, daß die öffentlichen Aufgaben schlechthin als Kriterium auszuscheiden haben, scheint die Beleihung darin zu bestehen, daß einem Privatrechtssubjekt das besondere rechtliche Können, die Kompetenz, zur Wahrnehmung spezifisch staatlicher Funktionen gewährt wird. Indessen ergibt sich das Vorläufige dieser Bestimmung daraus, daß es keineswegs sicher ist, ob die Übertragung spezifisch staatlicher Funktionen, seien es alle oder auch nur einzelne, auf Private überhaupt verfassungsrechtlich möglich und zulässig ist. Es wäre daher mit dem soeben angedeuteten Begriff des Beliehenen wenig anzufangen, müßte man ihn stets in jedem konkreten Fall auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung hin überprüfen. Eine abschließende, allgemeingültige Begriffsbildung läßt sich mithin erst nach Klärung auch dieser Fragen geben.

a. Problematik des Begriffs der Staatsfunktionen für den Beleihungsbegriff

Wissenschaftlich erörtert und erwähnt wurde das Rechtsinstitut der

128) Die Grundrechte, insbesondere Art. 12 I GG, gelten auch für juristische Personen; BVerwG v. 24.5.1956 (E 3, 304/306); v. 21.1.1958 (E 6, 145/147); Hamann GG Art. 12 Anm. B 1; v. Mangoldt-Klein GG I Art. 12 Anm. VI 4.

Beleihung bisher vorwiegend von der Verwaltungsrechtslehre¹²⁹⁾. Diese einseitige Betrachtungsweise hatte zur Folge, daß trotz der unterschiedlichen Terminologie die Beleihung im wesentlichen nur als Übertragung von Verwaltungstätigkeit angesehen wurde. Zwar können nach E.R. Huber "grundsätzlich ... hoheitliche Kompetenzen und Befugnisse der drei verschiedenen Funktionsbereiche der öffentlichen Gewalt auf 'beliehene Unternehmer' ... übertragen werden"¹³⁰⁾, aber dies widerspricht seiner eigenen Begriffsbestimmung, wonach dem Beliehenen bestimmte "Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung ... zugewiesen sind"¹³¹⁾. Ebenso können nach Jerusalem zwar "beliebige Funktionen des Staates" Gegenstand der Beleihung sein, aber seine weiteren Ausführungen beschränken sich ebenfalls eindeutig nur auf die Verwaltung¹³²⁾. Hingegen nimmt Terrahe an, daß "Privatrechtssubjekte als Beliehene in den Funktionen der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung tätig werden" können¹³³⁾. Angesichts dieser Widersprüche ist es notwendig, alle Staatsfunktionen in die Betrachtung einzubeziehen.

Die Staatsfunktionen teilt man herkömmlicherweise in Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt ein¹³⁴⁾. Mitunter werden auch die Gesetzgebung und die Verfassungsgebung, die Rechtsprechung, die Verwaltung und die Regierung unterschieden¹³⁵⁾. Hier soll - der Einteilung des Grundgesetzes folgend - von der sog. "Dreiteilung" der Gewalten ausgegangen werden.

Die verschiedenen Funktionen stellen sich grundsätzlich in verschiedenen Organen (der Legislativen, Exekutiven und Judikativen) dar, ohne daß eine ausschließliche Zuweisung erreicht oder jede Gewaltenüber-

129) Vgl. die oben S. 7 ff. angegebene Literatur.

130) WiVR I S. 538.

131) WiVR I S. 533 (Hervorhebung v. Verf.); nicht völlig eindeutig insofern Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363 f.

132) Grundriß S. 81 ff.

133) Diss. S. 112.

134) Art. 20 II 2, III; Art. 1 III GG; siehe v. Mangoldt-Klein GG I Art. 20 Anm. V 5 m.w.N.

135) G. u. E. Küchenhoff, Staatslehre S. 133 ff.; Hans J. Wolff VR I § 16 II a, S. 65.

schneidung verhindert werden könnte. Auch entspricht dem Geist des Grundgesetzes nicht eine absolute Trennung der Gewalten, sondern vielmehr deren gegenseitige Kontrolle und Mäßigung¹³⁶⁾.

Aus dieser Erkenntnis heraus ergibt sich die Notwendigkeit, zwischen Staatstätigkeiten im materiellen und im funktionellen Sinne zu unterscheiden. Als *m a t e r i e l l e* Staatstätigkeiten versteht man die Grundformen oder die großen Richtungen der Staatstätigkeit, unabhängig davon, welchem Organ sie zugewiesen sind. Als *f u n k t i o n e l l e* Staatstätigkeiten kennzeichnet man dagegen die gesamten einer bestimmten Organgruppe zugewiesenen Aufgaben, unabhängig von ihrem materiellen Gehalt¹³⁷⁾. Zur Ausgrenzung des Beleihungsgegenstandes aus der Gesamtheit aller Staatstätigkeit empfiehlt es sich, von den materiellen Funktionen auszugehen und zu prüfen, inwieweit sie dem Staat zur Wahrnehmung ausschließlich durch seine Organe zugewiesen sind.

b. Ausgrenzung des Beleihungsgegenstandes aus der Gesamtheit der materiellen Staatsfunktionen

aa. Die Gesetzgebung

Unter Gesetzgebung im materiellen Sinn ist jede Setzung abstrakter (vom Einzelfall gelöster) und genereller (allgemein-verbindlicher) Rechtssätze zu verstehen. Diese abstrakten und generellen Normen können in Form von Gesetzen, Rechtsverordnungen und Satzungen erlassen werden¹³⁸⁾.

(1) Die Befugnisse zum Erlaß *f o r m e l l e r* *G e s e t z e* sind zwischen Bund und Ländern derart aufgeteilt, daß grundsätzlich die Gesetzgebung den Ländern zusteht, soweit das Grundgesetz die

136) BVerfG v. 18.12.1953 (E, 225/247); v. 28.11.1957 (E 7, 183/188).

137) Dazu namentlich G. Jellinek, Staatslehre S. 606 ff.; G. u. E. Küchenhoff, Staatslehre S. 131 f.; Hans J. Wolff VR II § 16 II c, S. 62.

138) G. Jellinek, Staatslehre S. 610; R. Thoma HdbDStR II S. 124 ff.; Hans J. Wolff VR I § 17 II b, S. 69/70. Zum folgenden vgl. insb. Schack, Festschrift f. Hauff S. 332 ff.

Gesetzgebungskompetenz dem Bund nicht ausschließlich einräumt oder eine konkurrierende Kompetenz des Bundes begründet (Art. 70 ff. GG)¹³⁹⁾.

Für die B u n d e s gesetzgebung ausschließlich zuständiges Organ ist der Bundestag. Kein Bundesgesetz kann zustandekommen, ohne daß er es beschließt (Art. 77 I 1 GG)¹⁴⁰⁾. Eine entsprechende Zuständigkeitsregelung für die L a n d e s gesetzgebung findet sich in den Landesverfassungen; ausschließlich zuständig ist danach der Landtag (bzw. die Bürgerschaft oder das Abgeordnetenhaus)¹⁴¹⁾.

Im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes kann den Ländern die Befugnis zur Gesetzgebung durch Bundesgesetz eingeräumt werden (Art. 71 GG); Ermächtigungsadressat kann aber nur ein Landesparlament sein¹⁴²⁾. Dessen Zuständigkeit ergibt sich aus den bereits angeführten Bestimmungen der Landesverfassungen auch für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, in dem die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung haben, solange und soweit der Bund von seinen Gesetzgebungsrechten keinen Gebrauch macht (Art. 72 I GG).

Materielle Gesetzgebung in Form eines Gesetzes ist also ausschließlich den durch die Verfassung(en) bestimmten Gesetzgebungsorganen vorbehalten. Die Übertragung dieser Befugnis auf Privatrechtssubjekte ist verfassungsrechtlich unzulässig. Die Gesetzgebung in Form von Gesetzen scheidet damit als Gegenstand der Beleihung aus.

(2) Der Erlaß von R e c h t s v e r o r d n u n g e n auf Grund bundesgesetzlicher Ermächtigung¹⁴³⁾ hat in Art. 80 I GG eine besondere Regelung erfahren. Danach können durch Bundesgesetz "die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen"

139) Siehe BVerfG v. 7.5.1963 (E 16, 64/78 f.).

140) Ausnahme: beim sog. Gesetzgebungsnotstand (Art. 81 GG) und u.U. im Verteidigungsfall (Art. 115 e GG).

141) Art. 72 I bayVf; Art. 101 I Ziff. 1 breVf; Art. 59 II bwVf; Art. 116 II 1 hessVf; Art. 48 II hmVf; Art. 33 I ndsVf; Art. 66 Satz 1 nwVf; Art. 107 rhpfVf; Art. 32 I schlhLS; Art. 67 I 2 saarlVf.

142) Ebenso v. Mangoldt-Klein GG II Art. 71 Anm. IV 5 u. 6.

143) Vgl. dazu insb. Friedr. Klein, Verordnungsermächtigungen S. 28 ff.; ders. Übertragung S. 84 ff.; B. Wolff AöR Bd. 78, 194 ff.

ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dieser ausdrücklichen Bestimmung möglicher Adressaten ist mit der h.M. zu entnehmen, daß sie abschließend ist und andere als die dort genannten Stellen unmittelbar nicht ermächtigt werden dürfen¹⁴⁴⁾. Für die nach Art. 80 I 4 GG zulässige Subdelegation fehlt zwar eine entsprechende Regelung, jedoch ergibt sich aus dem Zusammenhang der Sätze 1 und 4 des Art. 80 I GG der Wille des Verfassungsgebers, auch die mittelbare Verordnungsermächtigung auf staatliche, den Adressaten des Art. 80 I 1 GG allerdings nachgeordnete Stellen zu beschränken¹⁴⁵⁾. Vorkonstitutionelle, über den von Art. 80 GG gesteckten Rahmen hinausgehende Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen sind erloschen (Art. 129 III GG)¹⁴⁶⁾, so daß für die rechtliche Beurteilung Art. 80 GG als ausschließliche Regelung zu betrachten ist. Die Delegation und die Subdelegation einer Verordnungsermächtigung an Privatrechtssubjekte ist damit ausgeschlossen.

Diese Beschränkung der Ermächtigungsadressaten bindet auch den Landesgesetzgeber. Art. 80 GG hat für die meisten nach der Verkündung des Grundgesetzes ergangenen Landesverfassungen zur Regelung dieser Frage als Vorbild gedient, und sein Grundgedanke hat dort eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren¹⁴⁷⁾. Soweit entsprechende Regelungen fehlen, dürfte in Verwirklichung des Gedankens der Verfassungshomogenität zwischen Bund und Ländern (Art. 28 I GG) eine analoge Anwendung geboten sein¹⁴⁸⁾.

Es ergibt sich somit, daß Ermächtigungsadressaten für den Erlaß von Rechtsverordnungen nur staatliche Exekutivorgane, nicht Private,

144) BVerfG v. 10.5.1060 (E 11, 77/84 ff.); Friedr. Klein, Verordnungsermächtigungen S. 35 f., 39; B. Wolff AöR Bd. 78, 216.

145) Obermayer DVBl. 1959, 357 r.Sp.; B. Wolff AöR Bd. 78, 222.

146) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 80 Rdn. 18; Leibholz-Rinck GG Art. 129 Rdn. 3.

147) Art. 55 Ziff. 2 bayVf; Art. 61 bwVf; Art. 53 I hmbVf; Art. 107, 118 hessVf; Art. 34 I ndsVf; Art. 70 nwVf; Art. 110 rhpfVf; Art. 106 saarlVf; Art. 33 I schlhLS; dazu Friedr. Klein, Verordnungsermächtigungen S. 73 ff.; Schack, Festschrift f. Haef, S. 345 f.

148) Hamann GG Art. 80 Anm. 4; Titzck DÖV 1955, 454 m.w.N.; vgl. BVerfG v. 4.2.1958 (E 7, 244/253); Bedenken bei B. Wolff AöR Bd. 78, 215. - Die Frage, ob der Landesgesetzgeber neben der Landesregierung auch einen Landesminister ermächtigen kann, darf dahingestellt bleiben.

sein können und daher auch materielle Gesetzgebung in Form von Rechtsverordnungen nicht als Beleihungsgegenstand in Betracht kommt.

(3) Neben Gesetz und Rechtsverordnung gelten gemeinhin S a t z u n - g e n als dritte Form materieller Gesetzgebung. Ohne daß diese mit jener Bezeichnung schon als hinreichend bestimmt gelten kann, versteht man jedenfalls überwiegend darunter Rechtssetzungen, von oder für unterstaatliche Verbände zur Regelung ihrer Angelegenheiten¹⁴⁹⁾. Spricht man insofern von Autonomie¹⁵⁰⁾, so muß man sich bewußt sein, daß diesem Begriff in der Rechtssprache an sich eine doppelte, privatrechtliche und öffentlich-rechtliche, Bedeutung beigelegt wird¹⁵¹⁾. In beiden Fällen ist die Fähigkeit und die Befugnis von Verbänden gemeint, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln. Unterschiedlich ist dagegen Art und Wirkung der Regelung. Die V e r e i n s a u t o n o m i e (Verbandsautonomie) des bürgerlichen Rechts ist lediglich Ausfluß der Privatautonomie, d.h. der Freiheit des Einzelnen wie einer Mehrheit, insbesondere ihre Rechtsstellung nach Belieben zu ändern. Die Regelung der Angelegenheiten einer Personenmehrheit ist insofern R e c h t s - g e s c h ä f t, beruht also auf übereinstimmenden Willenserklärungen aller, ihre Befolgung auf v e r t r a g l i c h e r Unterwerfung der Vereinsmitglieder¹⁵²⁾. Die von einem privatrechtlichen Personenverband für seine Mitglieder originär getroffenen generellen Anordnungen, vielfach ebenfalls "Satzungen" genannt (vgl. § 25 BGB), haben daher auch keinen Rechtsnormcharakter¹⁵³⁾ und sind für

149) Vgl. Hans J. Wolff VR I § 25 IX, S. 123; Forsthoff VR S. 135; Hamann, Satzungen S. 15 und Fußnote 154 S. 40 dieser Arbeit.

150) Fleiner, Institutionen S. 78; Herb. Krüger, Staatslehre S. 492.

151) Forsthoff VR S. 446; Bogs RDA 1956, 2; Reuß GR III/1 S. 104 weist sogar eine dreifache Bedeutung nach (die öffentlich-rechtliche Autonomie, die Verbandsautonomie und das autonome Recht der Wirtschaft).

152) Ennecerus-Nipperdey, Allg. Teil d. BGB § 108 II, S. 651/652, § 112 II, S. 672 m.w.N.

153) H.M.; vgl. Forsthoff VR S. 446/447; H. Peters HdbDStR II S. 265; Nebinger VR S. 182 f.; W. Jellinek VR S. 131; Reuß WiVR S. 66 f.; Ennecerus-Nipperdey a.a.O. § 108 II, S. 651/652; aa. O. v. Gierke, Dt. Privatrecht S. 150; H. Lehmann, Allg. Teil z. BGB S. 423.

die weitere Untersuchung ohne Interesse. Ob es privatrechtliche Autonomie mit Rechtssatzcharakter kraft staatlicher Ermächtigung geben kann, ist sogleich noch zu erörtern.

Unter öffentlich - rechtlicher Autonomie versteht man in Übereinstimmung mit dem Begriff der öffentlich-rechtlich "Satzungsgewalt" die Befugnis eines Verbandes, der nicht Staat ist, zur Regelung seiner eigenen Angelegenheiten objektives Recht zu setzen¹⁵⁴⁾. Da aber nur der Staat objektives Recht schaffen kann, können Verbände diese Rechtsetzungsbefugnis nicht aus eigenem Recht ausüben, sondern bedürfen einer besonderen staatlichen Ermächtigung durch einen Rechtssatz¹⁵⁵⁾. Die auf Grund einer solchen Ermächtigung erlassenen Rechtsvorschriften werden in der Regel als "autonome Satzungen", besser als "Rechtssatzungen"¹⁵⁶⁾ bezeichnet, um sie von den Satzungen abzugrenzen, denen kein Rechtscharakter zukommt.

Als Träger dieser Satzungsgewalt kommen nach weit überwiegender Meinung nur dem staatlichen Bereich eingegliederte Verbände in Betracht, nicht dagegen solche des Privatrechts¹⁵⁷⁾. Denn, so meint etwa H. Peters¹⁵⁸⁾, schon aus der Tatsache, daß ein Verband die Rechtsetzungsbefugnis besitze, folge eine Überordnung über Individuen, wie sie gerade für das öffentliche Recht kennzeichnend sei. Ähnlich argumentiert Forsthoff¹⁵⁹⁾: Da der Erlass von Rechtssatzungen

154) O. v. Gierke, Dt. Privatrecht S. 142 f.; H. Peters VR S. 78; ders. HdbDStR II S. 264; Nebinger VR S. 182; Fleiner, Institutionen S. 80; v. Turegg-Kraus VR S. 70; W. Jellinek VR S. 131; Hans J. Wolff VR I § 25 IX a, S. 123; Prost NJW 1955, 1464; Bogs RdA 1956, 2.

155) Zur nicht originären Natur der Satzungsgewalt vgl. neben den in Fußn. 154 Genannten: BVerfG v. 29.11.1951 (E 1, 91/94 f.); BVerwG v. 7.3.1958 (E 6, 247/249 f.); Friedr. Klein, Übertragung S. 109, 117; Hamann, Satzungen S. 21.

156) v. Köhler, Grundlehren S. 79; im Anschluß an ihn auch Nebinger VR S. 182.

157) H. Peters VR S. 78; ders. HdbDStR II S. 264; Hans J. Wolff VR I § 25 IX a, S. 123; Forsthoff VR S. 446; aA. Herb. Krüger, Staatslehre S. 492, der allerdings auf den doppeldeutigen Sinn des Begriffs "Autonomie" nicht eingeht; das gilt auch für Nickusch, Diss. S. 139, der sich zu Unrecht auf Reuß GR II/1 S. 104 beruft. - Die Frage, ob die Träger auch notwendigerweise rechtsfähige Verbände sein müssen, kann dahinstehen.

158) HdbDStR II S. 265.

159) VR S. 446 f.

ein kreatorischer Akt des öffentlichen Rechts sei, könnten Satzungen und Statuten von Verbänden des bürgerlichen Rechts nicht als objektives Recht anerkannt werden. Dennoch fragt es sich, ob ein Verband des bürgerlichen Rechts nicht in Ausnahmefällen doch Adressat einer staatlichen Satzungsermächtigung sein kann, d a d u r c h ein Überordnungsverhältnis zu anderen Privatrechtssubjekten erhält und infolgedessen für diese positives Recht setzen kann. Das ist jedoch zu verneinen. Weniger überzeugend erscheint freilich die Begründung, diese Form der Übertragung rechtsetzender Gewalt sei den Legislativorganen des Bundes schlechthin deshalb verwehrt, weil das Grundgesetz die Verleihung autonomer Satzungsgewalt (mit Ausnahme nach Art. 28 II GG) weder vorgesehen noch gestattet habe¹⁶⁰). Das Grundgesetz enthält zwar keine dem Art. 80 GG entsprechende Regelung für die Satzungsgewalt, erkennt diese aber grundsätzlich an, wie sich aus den Art. 28 II, 40 I 2, 52 III 2, 77 II GG ergibt. Allerdings handelt es sich bei den Geschäftsordnungsermächtigungen der Art. 40 I 2, 52 III 2 und 77 II GG insofern um Sonderfälle, als hier dem Adressaten die eigene Rechtspersönlichkeit fehlt. Aus diesen Bestimmungen, insbesondere aus Art. 28 II GG, muß indessen gefolgert werden, daß der Verfassungsgeber die Möglichkeit zur Satzungsermächtigung im Rahmen eines gesetzlichen Aufgabenbereiches mit dem Begriff der juristischen Person des ö f f e n t l i c h e n Rechts verbindet, und diese nur dort zuläßt, wo er deren Einrichtung ausdrücklich vorgesehen und gestattet hat (z.B. gem. Art. 87 III GG). Diese Beschränkung entspricht auch der bereits dargelegten verfassungsrechtlichen Konzeption bezüglich der formellen Gesetzgebungsgewalt¹⁶¹).

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß die materielle Gesetzgebung eine ausschließlich dem Staat zugewiesene Funktion ist. Grundsätzlich zuständig für ihre Wahrnehmung sind die in der Verfassung vorgesehenen Gesetzgebungsorgane (die Legislative). In ganz

160) Hamann, Satzungen S. 76.

161) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 80 Rdn. 33; vgl. auch Hammer MDR 1966, 978. Die nicht näher begründete Ansicht von Prost NJW 1955, 1464, es stehe dem Gesetzgeber frei, wem er die Befugnis, objektives Recht zu setzen, eröffnen wolle, verkennt die Bedeutung verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen im GG; der einfache Gesetzgeber würde damit an die Stelle der Verfassungsgebers treten; vgl. Ossenbühl DVBl. 1967, 402, 404.

engen Grenzen kann auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung Rechtsetzungsbefugnis auf die Exekutive oder auf dem Staat eingegliederte Verbände übertragen werden. Diese Regelung ist aus verfassungsrechtlichen Gründen abschließend. Die staatliche Funktion der Gesetzgebung scheidet somit als Gegenstand der Beleihung aus.

bb. Exkurs: Zweifelsfälle der Ausübung von Normativfunktionen durch Private

Exkursorisch zu überprüfen ist dieses Teilergebnis nur noch im Hinblick auf einige besonders wichtige und deshalb viel erörterte Zweifelsfälle. So ist besonders bei der dogmatischen Erfassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Tarifverträge, der Betriebsvereinbarungen sowie in jüngster Zeit der sog. technischen Normen die Frage aufgeworfen worden, ob es sich im Grunde hierbei nicht doch um Fälle echter Rechtsetzung durch Private handelt. Die damit zusammenhängende Problematik soll daher hier kurz angesprochen werden.

(a) Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Die zweifellos normativähnliche Wirkung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte zur Folge, daß sie geraume Zeit von der Rechtsprechung und im wissenschaftlichen Schrifttum als Rechtsnormen, als "selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft" angesehen wurden¹⁶²⁾. Diese Auffassung wird heute aber mit Recht als unzutreffend abgelehnt. Bei den AGB handelt es sich nicht um objektive, allgemeinverbindliche Rechtsnormen, bei denen es keiner Unterwerfung bedarf, sondern um eine "allgemein festgelegte V e r t r a g s grundlage, die infolge beiderseitiger Unterwerfung unter ihre Bestimmungen Wirksamkeit erlangt"¹⁶³⁾. Wirksamkeitsgrund ist nicht einseitige Festsetzung auf Grund staatlicher Rechtsetzungsermächtigung eines der beiden Partner, sondern ein darauf gerichtetes übereinstimmendes

162) Vgl. etwa RGZ v. 13.12.1912 (E 81, 117/119); v. 26.1.1943 (E 171, 43/48); zweifelhaft bei BGHZ v. 19.1.1951 (E 1, 83/85 f.); vgl. Nachweise bei Lukes JUS 1961, 304 Fußn. 17; Helm JUS 1965, 122; v. Brunn, Vertragsbedingungen S. 70 f.; Forsthoff VR S. 448 Fußn. 2.

163) BGHZ v. 8.3.1955 (E 17, 1/2) - (Hervorhebung d. Verf.).

Verhalten beider¹⁶⁴⁾. Diese Beurteilung stimmt also mit der oben dargelegten Ansicht überein, daß es - auch autonome - Gesetzgebungsbefugnisse von Organen oder Verbänden außerhalb der staatlichen Organisation nicht gibt.

(b) Abschluß von Tarifverträgen

Die durch die Sozialpartner im Rahmen der Tarifvereinbarungen ausgeübte Tätigkeit wird verschiedentlich als die "privatrechtliche Wahrnehmung öffentlichrechtlicher (Rechtsetzungs-) Zuständigkeiten"¹⁶⁵⁾ gekennzeichnet. Zwar sagt die h.M., der Tarifvertrag sei ein privatrechtlicher Vertrag, da er zwischen privatrechtlichen Parteien in privatrechtlicher Form und zur Regelung privater Rechtsverhältnisse geschlossen werde; er enthalte aber neben dem obligatorischen einen normativen Teil, der ein für Dritte rechtsverbindlicher, zweiseitiger korporativer Normenvertrag und daher als autonomes Recht Gesetz im materiellen Sinne sei. Träger dieser Autonomie seien der einzelne Arbeitgeber, die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften¹⁶⁶⁾. Wie diese Rechtsetzungsmacht der Tarifpartner gleichzeitig mit dem privatrechtlichen Charakter des Tarifvertrages zu vereinbaren ist, bleibt dabei allerdings unklar. Dieser Widerspruch wird auch nicht dadurch beseitigt, daß E.R. Huber den Tarifvertrag als "öffentlich-rechtlichen Normenvertrag" qualifiziert¹⁶⁷⁾. Der eigenartige Vorgang der Rechtsprechung durch den Vertrag bleibt dennoch undurchsichtig¹⁶⁸⁾.

164) Ebenso z.B. Lukes JUS 1961, 305; Helm JUS 1965, 123; Fischer BB 1957, 484; Reuß WiVR S. 48 f.; neuerdings Schreiber NJW 1967, 1441 mit zahlreichen Nachweisen. - Abgesehen davon, daß es auch an einer entsprechenden staatlichen Ermächtigung fehlt, würde andernfalls in Betracht dessen, daß heute nahezu jeder Unternehmer derartige Lieferbedingungen aufstellt, "dem Staat auf diese Weise das Rechtsetzungsmonopol durch ... Wirtschaftssubjekte entwunden" (so zutreffend Forsthoff VR S. 448.).

165) Bliedenkopf, Tarifaautonomie S. 12; in diesem Sinne auch E.R. Huber WiVR I S. 538, II S. 431; Hans J. Wollf VR I § 25 XI a, S. 125 u. VR II § 104 I b, S. 364; Scheuner VVDStRL 11, 31; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- u. VR S. 121 f.; Terrahe, Diss. S. 108.

166) BAG v. 15.1.1955 (E 1, 258/262); Nikisch, Arbeitsrecht II S. 216 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1 S. 239 f.; 346 f. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch Ennecerus-Nipperdey, Allg. Teil z. BGB § 43 III, S. 279 f.; Ramm JZ 1962, 78 f.; Hild-Krüger NJW 1955, 685; Sieg AcP 151, 251, 253; H. Peters-Ossenbühl, Übertragung S. 8 ff.

167) WiVR II S. 431.

168) Bedenken auch bei Nikisch, Arbeitsrecht II S. 216.

Losgelöst von allem Theorienstreit ist bei der Frage, ob den Sozialpartnern echte Normsetzungsmacht delegiert ist, von zwei grundsätzlichen Überlegungen auszugehen:

(1) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist ein verfassungsrechtlich gesichertes Freiheitsrecht (Art. 9 III GG). Neben dieser positiven Koalitionsfreiheit gewährleistet Art. 9 III GG zugleich auch die negative Koalitionsfreiheit sowohl der Arbeitnehmer wie der Arbeitgeber dahingehend, daß der Koalitionszwang verboten ist¹⁶⁹⁾.

(2) Die Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gleicher oder verwandter Wirtschaftszweige sind nach heutigem Recht teils rechtsfähige (z.B. die Bundesvereinigung deutscher Arbeitgeber), teils nicht rechtsfähige (z.B. die Gewerkschaften) V e r e i n e des bürgerlichen Rechts; ihr Vorstand hat daher insbesondere die Stellung eines gesetzlichen Vertreters, kann mithin den Verein bzw. dessen Mitglieder rechtswirksam verpflichten (§§ 26, 54, 164 ff.BGB)¹⁷⁰⁾.

Rechtstheoretisch ergibt sich daraus zunächst nichts anderes, als daß der Tarifvertrag die durch Willensübereinstimmung erzielte Vereinbarung zweier Personenverbände über Inhalt, Abschluß und Beendigung von Arbeitsverhältnissen ist (§ 1 TVG¹⁷¹⁾). Seine Zulässigkeit folgt rechtlich nicht aus einer staatlich verliehenen Satzungsge-
walt, sondern bereits aus der Vereinsautonomie, die der Staat in § 1 TVG anerkannt hat und wegen Art. 9 III GG letztlich auch anerkennen mußte¹⁷²⁾. Die verpflichtende Wirkung für die Mitglieder der Tarifpartner beruht auf der Rechtsnatur dieser Interessenverbände, durch die ein jedes Verbandsmitglied durch die Verbandstätigkeit unmittelbar gebunden wird¹⁷³⁾. Wenn diese Bindung für die Tarifvertragspar-

169) Das entspricht der heute ganz überwiegenden Meinung. Unklarheit besteht nur insoweit, ob sich die negative Koalitionsfreiheit als notwendigerweise mitgeschütztes Korrelat zur positiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG, aus der in Art. 2 I GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit oder nur aus beiden Bestimmungen gemeinsam begründen läßt; dazu mit zahlreichen Nachweisen Hueck-Nipperdey a.a.O. II/1 S. 154/155 mit Fußn. 5-8.

170) E.R. Huber WiVR II S. 376; Hueck-Nipperdey a.a.O. S. 183 ff.; Ramm JZ 1962, 82.

171) TarifvertragsG idF v. 25.8.1969 (BGBl. I S. 1323).

172) Zutreffend Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 1 III Rdn. 116; unrichtig Hild. Krüger NJW 1955, 685, die offensichtlich nicht Satzungsge-
walt und Vereinsautonomie trennt.

173) Friedr. Klein, Übertragung S. 112.

teilen als "unmittelbar und zwingend" vorgeschrieben wird (§ 4 I TVG), so wird lediglich der bereits vorhandenen obligatorischen Bindung eine erhöhte Verpflichtungswirkung durch Staatsakt beigelegt, die aber wie die spezielle gesetzliche Anordnung zeigt, den Tarifnormen nicht per se innewohnt.

Inwieweit eine solche privatrechtliche Vereinbarung auch für Dritte verbindliche Normen enthält, objektives Recht setzt, ist nicht ersichtlich und läßt sich entgegen der h.M. auch nicht aus dem TVG herleiten. Zwar enthält der Tarifvertrag nach dem Wortlaut des TVG (§§ 1 I, 3 II, 4 I, V, 5 IV) "Rechtsnormen". Soweit dies aber als entscheidendes Argument gegen ein privatrechtliches Verständnis des Tarifvertrages angeführt wird¹⁷⁴⁾, werden die gesetzlichen Bestimmungen zu einseitig allein von ihrem Wortlaut her interpretiert. Aus der Verbandsautonomie folgt, daß die Tarifvereinbarungen nur für die Verbandsmitglieder gelten können; das erkennt auch der Gesetzgeber an (§ 3 I TVG). Da eine Zwangsmitgliedschaft nicht besteht (Art. 9 III GG), beruht die Bindung neu eintretender Mitglieder allein auf freiwilliger Unterwerfung, auf v e r t r a g l i c h e m Anschluß, nicht auf einseitiger Regelung kraft staatlicher Gewalt. Soweit mit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung auch bisher nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Vereinbarungen eines Tarifvertrages unterworfen werden (§ 5 IV TVG), beruht dies hingegen unstreitig auf staatlichem Akt, dessen Rechtsnatur hier aber dahinstehen kann.

Entstehung und Inhalt des Tarifvertrages sind nach alledem privatrechtlicher Natur. Der Tarifvertrag ist als Ausfluß der Privatautonomie ein "kollektiver Schuldvertrag" (Jacobi), der keine Rechtsnormen enthält. Die Tarifvertragsparteien üben somit auch keine Rechtsetzungsgewalt aus. Auch dieses Ergebnis bekräftigt daher nur die oben vertretene Auffassung, daß von Privatpersonen die Gesetzgebungsfunktion nicht ausgeübt werden kann¹⁷⁵⁾.

174) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1 S. 240, insb. S.3; Nikisch, Arbeitsrecht II S. 215; E.R. Huber WiVR II S. 424 wörtlich: "Damit ist nunmehr entschieden, daß die Tarifnormen Rechtssatzwirkung gegenüber den tarifbeteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern besitzen". Vgl. auch Sieg ACP 151, 251; Bogs RdA 1965, 4.

175) Im Ergebnis ebenso Jacobi, Grundlehren S. 276 ff.; Friedr. Klein, Übertragung S. 112; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn.116; Ramm JZ 1962, 81; Schmidt/Rimpler u.a. AöR Bd. 76, 180; H.Peters HdbDStR II S. 269; Frantzen, Diss. S. 42 f.; unklar Bogs,

(c) Abschluß von Betriebsvereinbarungen

Auch den Betriebsvereinbarungen iSd § 52 II BetrVerfG¹⁷⁶⁾ wird weitgehend normative Wirkung zuerkannt. Der Staat habe die Rechtsetzungsbefugnis den Arbeitgebern und Arbeitnehmern wie den Tarifpartnern zur gemeinsamen Ausübung übertragen¹⁷⁷⁾.

Gegen diese Ansicht sprechen ähnliche Bedenken wie gegenüber der derzeit herrschenden Beurteilung des Tarifvertrages. Von der h.M. wird die Betriebsvereinbarung als privatrechtlicher Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und der Belegschaft seines Betriebes, vertreten durch den Betriebsrat, angesehen. Dementsprechend werden die Vorschriften des BGB, insbesondere über das Rechtsgeschäft, für anwendbar erklärt¹⁷⁸⁾. Dem ist zuzustimmen, aber folgerichtig kann danach nur angenommen werden, daß Arbeitgeber und Betriebsrat über bestimmte betriebliche Fragen eine v e r t r a g l i c h e Vereinbarung treffen, also lediglich Privatautonomie ausüben.

Den Charakter einer autonomen Rechtsquelle gewinnt diese Vereinbarung auch nicht dadurch, daß der in den Betrieb neu eintretende Arbeitnehmer ihnen unterworfen wird. Diese Unterwerfung erfolgt nämlich nicht ohne seine Mitwirkung kraft staatlicher Gewalt, vielmehr begibt sich der neue Arbeitnehmer freiwillig in den Dienst eines Arbeitgebers und unterwirft sich damit auch der Ordnung, die von Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam errichtet worden ist. Dieser Eintritt in einen den Bestimmungen des BetrVerfG unterworfenen Betrieb ist daher dem Eintritt in einen Verein durchaus vergleichbar.

der einerseits vom Rechtsnormcharakter der Tarifbestimmungen ausgeht (RdA 1956, 3), andererseits aber die Erstreckung der Rechtsetzungsbefugnisse der Verbände auf Außenseiter von der Allgemeinverbindlichkeitserklärung abhängig macht, ihnen also diese Wirkung nicht kraft eigener Rechtsmacht, sondern kraft Hoheitsaktes zuspricht (RdA 1956, 5).

176) Betriebsverfassungsg IdF v. 15.12.1964 (BGBl. I S. 1065).

177) BAG v. 16.3.1956 (E 3, 1/4); G. Hueck, Betriebsvereinbarung S. 27, 74 f.; Dietz BetrVerfG § 52 Rdn. 15 m.w.N.

178) So auch G. Hueck a.a.O. S. 50; es ist daher wenig überzeugend, wenn er an anderer Stelle (S. 27) feststellt, man stehe jedenfalls vor der Tatsache, "daß Arbeitgeber und Betriebsrat objektive Normen schaffen, die für die Arbeitnehmer verbindlich sind, obwohl diese bei der Schaffung der Normen nicht unmittelbar beteiligt sind, um damit den Charakter der Betriebsvereinbarungen als Rechtsnormen zu begründen.

Die gesetzliche Anordnung der Verwirklichung der Mitbestimmung darf nicht mit der Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen verwechselt oder gar mit ihr gleichgesetzt werden¹⁷⁹⁾, Insofern entspricht dieses Ergebnis der Beurteilung der Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und des Abschlusses von Tarifverträgen und stützt damit ebenfalls die Ansicht, daß die staatliche Funktion der Gesetzgebung nur von den verfassungsrechtlich vorgesehenen staatlichen Gesetzgebungsorganen, nicht hingegen von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts wahrgenommen werden kann.

(d) Aufstellen technischer Normen

Als weiterer wichtiger Zweifelsfall ist schließlich zu erörtern, ob das Aufstellen "technischer Normen" materielle Gesetzgebung und damit eine spezifische staatliche Aufgabe ist, so daß Private mit ihr beliehen werden können. Obgleich dieses Problem im wissenschaftlichen Schrifttum bereits mehrfach angesprochen worden ist¹⁸⁰⁾, wird der Begriff "technische Norm" oder "Regel der Technik" zu- meist als bekannt vorausgesetzt und nicht genau definiert. Selbst in der sehr gründlichen Untersuchung von Nickusch¹⁸¹⁾ fehlt jeder konkrete Hinweis darauf, was der Verfasser unter den synonym verwendeten Begriffen "technische Norm", "Regel der Technik", "Reglementierung technischer Sicherheitsnormen" oder "technischer Normierung" versteht. Unter Berücksichtigung bisheriger Äußerungen läßt sich sagen, daß unter "technischen Normen" oder "Regeln der Technik" technische Verfahrensweisen verstanden werden, die sich in ihrer praktischen Anwendung bewährt haben, dem neuesten Stand der Wissenschaft und Technik entsprechen und nach sachverständiger Überzeugung von den zuständigen Berufszweigen oder Berufsgruppen als technisch und wirtschaftlich optimale Lösung anerkannt sind¹⁸²⁾. In einer Kurz-

179) Vgl. Jacobi a.a.O. S. 344 f.; ob auch Nikisch, Arbeitsrecht II S. 274, in diesem Sinne zu verstehen ist, ist unklar, da er die Betriebsvereinbarung zwar als autonome Rechtsatzung ansieht, aber betont, die Arbeitnehmer hätten sich freiwillig mit Eintritt in den Betrieb auch dessen Ordnung unterworfen und seien nicht auf Grund hoheitlicher Gewalt unterworfen worden.

180) Vgl. die Nachweise bei Hammer MDR 1966, 977 ff.; Herb.Krüger NJW 1966, 617 ff.

181) Die Normativfunktionen technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre.

182) Vgl. DIN 820 Blatt 1, Abschnitt 4.2.1 (Juni 1960); Schneeberger, Betrachtungen S. 11 f.; Höppner Kommunalwirtschaft 1966, 121, 122.

form läßt sich der Begriff als die Festlegung technischer Vorgänge in technischen Vorschriften bestimmen¹⁸³⁾..

Die Vorstellung eines durch die Technik geschaffenen und bestimmten Rechts hat auch Friedrich List veranlaßt, Begriff, Theorie und Systematik eines "Rechts der Technik" zu entwickeln und diese "Autonomie der Technik" sogar als "dritten Rechtsbereich" zu qualifizieren, der "neben den seitherigen Rechtsbereichen des sog. privaten und öffentlichen Rechts erwachsen" sei¹⁸⁴⁾. Abgesehen davon, daß auf die Gesamtproblematik einer solchen These im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden kann, erscheint eine derart verallgemeinern- de Betrachtungsweise angesichts der differenzierten Voraussetzun- gen und Verhältnisse in den Fällen, in denen "technische Normen" aufgestellt werden, zumindest nicht unbedenklich. Im folgenden sol- len daher nur einige besonders wichtige Einzelfälle daraufhin ge- prüft werden, ob im privatrechtlichen Bereich der Technik autonome Satzungs Gewalt oder delegierte Rechtsetzungsbefugnis ausgeübt wird¹⁸⁵⁾.

(1) Anlaß zu solchen Überlegungen gibt zunächst die Existenz und die Arbeit sog. Rationalisierungsverbände. Unter Rationalisierung sind alle technischen und organisatorischen Maßnahmen zu verstehen, welche die Kosten je erzeugter Leistungseinheit im weitesten Sinne mindern sollen, um so höchste Wirtschaftlichkeit zu erzielen¹⁸⁶⁾. Als wichtigstes Mittel der Rationalisierung kommt die Normung in Betracht, "die planmäßige, unter Beteiligung aller jeweils inter- essierten Kreise gemeinschaftlich durchgeführte Vereinheitlichungs- arbeit", die eine "rationelle Ordnung und ein rationelles Arbeiten in Wissenschaft, Technik und Verwaltung" erstrebt¹⁸⁷⁾. Die Zentral-

183) Hammer MDR 1966, 977.

184) Insb. VR S. 9 ff.; vgl. H.F. Müller, Festschrift f. List, S. 108 f.; zur Problematik Herb. Krüger NJW 1966, 617 ff.; Hammer MDR 1966, 977 ff. mit Nachweisen.

185) Die ausgewählten Beispiele erheben keineswegs den Anspruch auf Vollständigkeit; insoweit wird auf die Zusammenstellung bei Nickusch, Diss. S. 3 ff. verwiesen; vgl. auch Bachof AöR Bd. 83, 208 ff.

186) Pentzlin HDSW Bd. 8, 676/677; Sellien-Sellien, Wirtschafts- Lexikon Sp. 770/771; G. Krüger HDSW Bd. 7, 619; F. Reuter, Handbuch S. 127.

187) DNA in DIN 820 Blatt 1, Abschnitt 1; in diesem Sinne auch Sellien-Sellien, Wirtschafts-Lexikon Sp. 423; G. Krüger HDSW Bd. 7, 619 1. Sp.; F. Reuter, Handbuch S. 127.

stelle für die Normungsarbeit in Deutschland ist der D e u t s c h e N o r m e n a u s s c h u ß (DNA)¹⁸⁸⁾, der die Rechtsform eines eingetragenen Vereins auf ausschließlich gemeinnütziger Grundlage hat¹⁸⁹⁾. Die Normungsarbeit wird in den Ausschüssen des DNA geleistet, wobei die Fachnormenausschüsse in der Regel die Normung für größere Gebiete bearbeiten und die Arbeitsausschüsse die gleiche Aufgabe für mehr oder weniger eng umrissene Gebiete haben¹⁹⁰⁾. Das Ergebnis ihrer Arbeit sind die "Deutschen Normen" (DIN-Normen), die vom DNA unter dem Verbandszeichen "DIN" herausgegeben werden und das "Deutsche Normenwerk" bilden¹⁹¹⁾.

Wegen ihrer wirtschaftlich und technisch optimalen Form haben die DIN-Normen heute Eingang in fast alle Bereiche des Lebens gefunden. Da das Deutsche Normenwerk ein einheitliches Ganzes bildet und beim Aufstellen der Normen auch einschlägige Normen des Auslands in Betracht gezogen werden¹⁹²⁾, wird fast jede Möglichkeit ausgeschlossen, dieses Normenwerk zu durchbrechen oder zu umgehen. Das Deutsche Normenwerk gewinnt infolge seiner faktisch allgemeinverbindlichen Geltung den Charakter einer Rechtsnorm. Die Frage ist daher nicht unbegründet, ob dem DNA insoweit seitens des Staates nicht sogar eine Rechtsetzungsbefugnis übertragen ist.

Nach Ansicht des DNA selbst sollen sich die DIN-Normen "auf Grund ihrer Zweckmäßigkeit einführen, also nicht durch Zwang"¹⁹³⁾. Die überwiegende Meinung geht daher auch zutreffend davon aus, daß sie keine Rechtsnormqualität besitzen. Rechtssatzungen können sie nicht sein, da dem DNA als privatrechtlichem Verein Satzungsgewalt nicht zukommt¹⁹⁴⁾. Ebensowenig sind sie Rechtsverordnungen, da der DNA wegen Art. 80 I GG nicht Adressat einer Verordnungsermächtigung sein kann¹⁹⁵⁾. Die Allgemeinverbindlichkeit von DIN-Normen könnte

188) Einzelheiten bei Nickusch, Diss. S. 43 ff.; Schäfer, Diss. S. 55 ff..

189) DIN 820 Blatt 1, Abschnitt 3.1.

190) DIN 820 Blatt 1, Abschnitt 3.2.

191) DIN 820 Blatt 1, Abschnitt 1.

192) DIN 820 Blatt 1, Abschnitt 4.2.2.

193) DIN 820 Blatt 1, Abschnitt 7.1.

194) Vgl. oben § 1 II 5 b aa, S. 39 ff.; so ausdrücklich auch Hammer MDR 1966, 977.

195) Vgl. oben § 1 II 5 b aa, S. 37 ff..

allenfalls auf einer darauf gerichteten Erklärung in Form eines staatlichen Aktes beruhen. Eine solche liegt jedoch nicht vor. Daraus folgt aber, daß die DIN-Normen kein objektives Recht sind und deshalb dem DNA auch keine Normsetzungsbefugnis übertragen ist, die als Gegenstand einer Beleihung beurteilt werden könnte¹⁹⁶⁾.

(2) Weniger eindeutig ist dagegen die Rechtsnatur der von technischen Ausschüssen herausgegebenen Regelwerke sowie des Vorschriftenwerkes des Verbandes Deutscher Elektrotechniker und des Deutschen Vereins von Gas- und Wasserfachmännern (VDE bzw. DVGW)¹⁹⁷⁾. Die darüber bestehenden Meinungsverschiedenheiten haben ihre Ursache namentlich darin, daß die Vorschriften durch Einbeziehung in verschiedene Rechtsvorschriften als "Regeln" der Technik und Wissenschaft ausdrücklich anerkannt sind. So müssen z.B. gem. § 3 der "Polizeiverordnung über die Herstellung, Aufbewahrung und Verwendung von Azetylen sowie die Lagerung von Kalziumkarbid"¹⁹⁸⁾ die Azetylenanlagen und die Karbidlager den anerkannten Regeln der Technik und Wissenschaft entsprechen: "Als solche gelten neben den allgemeinen Regeln bis auf weiteres die in der Anlage A zusammengestellten 'Technischen Grundsätze für den Bau und die Aufstellung von Azetylenanlagen', deren Weiterbildung dem durch die Vereinbarung der Länder eingesetzten Deutschen Azetylenausschuß übertragen wird"¹⁹⁹⁾. Entsprechende gesetzliche Bezugnahmen enthalten, um weitere Beispiele zu nennen, die auf Grund des § 13 II Energ²⁰⁰⁾ ergangene 2. und 4. DVO.

196) Im Ergebnis ebenso RGZ v. 7.7.1939 (E 161, 385 f.); Zemlin DIN-Mitteilungen 1951, 161.

197) Einzelheiten bei Nickusch, Diss. S. 25 ff.; Schäfer, Diss. S. 58 ff.

198) v. 17.12.1923 (HMBl. S. 377); sie ist gem. Art. 74 Ziff. 11 u. 12 iVm Art. 125 Ziff. 1 GG Bundesrecht geworden; Fuhr GewO § 24 Anm. 1 c; Landmann-Rohmer-Evermann-Fröhler GewO § 24 Rdn. 98.

199) Ähnlich § 3 I der Polizeiverordnung über die ortsbeweglichen geschlossenen Behälter für verdichtete, verflüssigte und unter Druck gelöste Gase v. 2.12.1935, die ebenfalls als Bundesrecht fortgilt.

200) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (EnergiewirtschaftsG) v. 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451).

§ 1 der 2. DVO z. EnergG²⁰¹⁾ lautet:

"(1) Elektrische Energieanlagen und Energieverbrauchsgeräte sind ordnungsgemäß, d.h. nach den anerkannten Regeln der Elektrotechnik, einzurichten und zu unterhalten.

(2) Als solche gelten die Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektrotechniker (VDE)".

§ 1 der 4. DVO z. EnergG²⁰²⁾ lautet:

"Anlagen und Geräte zur Speicherung, zur Verteilung und zur Verwendung von Gas müssen den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Als anerkannte Regeln gelten unbeschadet der bestehenden behördlichen Vorschriften die vom Reichswirtschaftsminister genehmigten Bestimmungen des Deutschen Vereins von Gas- und Wasserfachmännern eV (DVGW)."

Aus diesen und ähnlichen Regelungen wird gefolgert, daß die technischen Grundsätze solche Ausschüsse bzw. Verbände allgemein und zwingend vorgeschrieben und daher als Rechtsnormen anzusehen seien; die technischen Ausschüsse bzw. Verbände hätten somit von vornherein gesetzgeberische Aufgaben erhalten²⁰³⁾. Indem man die VDE- und DVGW-Vorschriften als Schutzgesetz iSd § 823 II BGB anerkennt, bejaht man implicite auch deren Rechtsnormqualität. Nach dieser Meinung stellen die Verbände die allgemeinen Regeln auf diesen Sachgebieten fest und üben daher rechtsetzende Hoheitsaufgaben aus²⁰⁴⁾. Nach Conradi liegt in der Einbeziehung der Vorschriften außerstaatlicher Stellen eine echte "Übertragung rechtsetzender Gewalt"; die Grundsätze seien wesentlicher Bestandteil der Verordnungen im materiellen Sinn und hätten daher wie diese Rechtsnormcharakter; die Mitwirkung bei der Ausfüllung der Verordnungsinhalte durch außerstaatliche Stellen begründe für diese demnach auch eine delegierte Rechtsetzungsbefugnis²⁰⁵⁾.

201) v. 31.8.1937 (RGBl. I S. 918) idF der VO v. 17.7.1942 (RGBl. I S. 468).

202) v. 7.12.1938 (RGBl. I S. 1732).

203) Arning ArbS 1959, 259; wohl auch Herb. Krüger NJW 1966, 621.

204) OHG BrZ v. 9.1.1950 (NJW 1950, 261); BGHSt v. 17.2.1959 (ArbS 1960, 113); Bekanntmachung des VDE in BAnz 1954 Nr. 144 S. 11; Bartholomeycik WK S. 46 f.; Reuß GR III/1 S. 131; Friedr. List VR S. 12 f.; 14; ders., Energierrecht S. 126; Zimbauer Elektrotechnik 1959, 114.

205) Conradi, Diss. S. 51; ebenso v. Busch-Trabandt, Anlagen S.13.

Dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden; sie verkennt den Unterschied zwischen Delegation und Verweisung, der sich bei der Beurteilung dieser Frage voll auswirkt. Denn während Delegation echte Funktionsverschiebung bewirkt²⁰⁶⁾, schafft die Verweisung keine neue Rechtsmacht, sondern knüpft an eine bestehende Machtverteilung an, indem der Gesetz- oder Ordnungsgeber "unter Verzicht auf eigenständige, aus sich heraus verständliche Bestimmung eines Rechtssatzmerkmals Wertvorstellungen, Verhaltensregeln oder Rechtssätze, die an anderer Stelle entwickelt sind, in die vorweisende Rechtsvorschrift einbezieht"²⁰⁷⁾, m.a.W. auf bereits durch andere Gremien ausgearbeitete und vorformulierte "Normen" Bezug nimmt und diese sanktioniert. Wenn diese Art der Rechtsetzung verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist²⁰⁸⁾, so ist der entscheidende Akt, der diesen Vorschriften Rechtskraft verleiht, gleichwohl kein privatrechtlicher, sondern ein staatlicher²⁰⁹⁾.

Freilich handelt es sich in den genannten Fällen nicht um eine echte Verweisung in diesem Sinne, sondern eher nur um eine gesetzliche Fiktion oder besser um eine gesetzliche Vermutung, die man als Sonderfall der Verweisung verstehen kann. Denn der Gesetzgeber vermutet, daß die durch Dritte aufgestellten Regeln dem derzeitigen Stand der Technik und Wissenschaft entsprechen, die Norm daher eingehalten ist, wenn diese Vorschriften beachtet worden sind. Sie stellt sich gegenüber der Verweisung insofern als ein Minus dar und kann als eine gesetzliche Orientierungshilfe für den Normadressaten der zur Befolgung sonst recht inhaltslosen Norm angesehen werden²¹⁰⁾.

206) Dazu Triepel, Delegation S. 51 ff., 80 ff.

207) Bullinger, Selbstermächtigung S. 21.

208) Bullinger, Selbstermächtigung S. 21 f.; Ossenbühl DVBl. 1967, 404 f.; Nickusch NJW 1967, 811 ff.

209) BVerwG v. 28.11.1963 (NJW 1964, 512); v. 26.5.1964 (NJW 1965, 511).

210) Die hier vertretene Auffassung läßt sich heute auch aus § 24 IV 1 GewO herleiten. Danach können in Rechtsverordnungen Vorschriften über die Einsetzung technischer Ausschüsse getroffen werden, die die Bundesregierung oder den zuständigen Bundesminister in technischen Fragen "beraten" und ihnen an Hand von Wissenschaft und Technik entsprechende Vorschriften "vorschlagen" sollen. Dementsprechend fehlt in allen auf Grund des § 24 GewO ergangenen Verordnungen, soweit sie überhaupt die Einsetzung eines Ausschusses vorsehen, ein Hinweis auf deren Vor-

Die gesetzliche Verweisung stellt weiterhin klar, daß die Regelwerke mit den anerkannten Regeln der Technik und Wissenschaft übereinstimmen, ohne damit, wie insbesondere § 1 Satz 2 4. DVO z. EnergG es zum Ausdruck bringt, anderenorts aufgestellten Grundsätzen diese Eigenschaft a priori abzusprechen. Wenn der Gesetzgeber sich gerade auf die Regelwerke des VDE oder des DVGW bezieht, so dürfte der einzige Grund dafür in der Tatsache zu suchen sein, daß diese Verbände bzw. Vereine auf ihrem Gebiet eine monopolartige Stellung einnehmen, welche ihrer Arbeit im Wirtschaftsleben eine besonders bedeutsame Rolle zuweist²¹¹⁾.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden: Die rechtsetzende Staatsfunktion kann nicht Gegenstand einer Übertragung auf Private sein, da sie verfassungsrechtlich unzulässig ist. Entgegenstehende Auffassungen, wonach namentlich den Sozialpartnern und technischen Ausschüssen und Verbänden Rechtsetzungsbefugnisse übertragen sind, sind damit nicht zu vereinbaren.

cc. Rechtsprechung

Der Beleihungsgegenstand ist weiterhin aus der staatlichen Funktion der Rechtsprechung auszugrenzen. Ebenso wie bei der Gesetzgebung stellt sich die Frage, ob die rechtsprechende Gewalt ausschließlich staatlichen Organen zugewiesen ist oder ob sie auch von Privatpersonen ausgeübt werden und damit Gegenstand einer Beleihung sein kann.

R. Thoma kennzeichnet die Rechtsprechung als den "verselbständigten Ausspruch dessen, was in Anwendung des geltenden Rechts auf

schriftenwerk. Auch damit dürfte noch einmal hinreichend klargestellt sein, daß diesen Ausschüssen eigene rechtsetzende Funktion nicht übertragen ist. Im Ergebnis ebenso Fuhr GewO § 24 Anm. 5; Landmann-Rohmer-Evermann-Fröhler GewO § 24 Rdn. 31; v. Busch-Trabandt, Anlagen § 24 GewO Nr. 43, S. 76; Bullinger, Selbstermächtigung S. 23; Herschel BABl. 1955, 1030; Ossenbühl DVBl. 1967, 404; Nickusch, Diss. S. 196 ff., 203; wohl auch Bachof AöR Bd. 83, 223.

- 211) BVerwG v. 29.8.1961 (NJW 1962, 506 f.); Eiser-Riederer-Sieder I EnergG § 13 Anm. a; Ludwig-Cordt-Stech, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung S. 101/102; Tegethoff Elektrotechnik 1959, 112; Hammer MDR 1966, 979 f.; Schäfer, Diss. S. 76 ff., 90 ff.; vgl. auch die bei Nickusch, Diss. S. 30 f. genannten Autoren.

auf einen konkreten Tatbestand im Einzelfalle Rechtens ist, durch eine staatliche Autorität²¹²⁾. Dieser Definition ist zutreffend entgegengehalten worden, daß dies letztlich der Tätigkeit aller staatlichen Organe, vornehmlich auch der Verwaltung beim Erlass von Verwaltungsakten, entspreche²¹³⁾. Ebensowenig befriedigt die Bestimmung der Rechtsprechung als Rechtsstreitentscheidung, da damit bereits die gesamte Aburteilung von Straftaten begrifflich ausgenommen sein würde²¹⁴⁾. Der Begriff bedarf daher einer gewissen Erweiterung. Rechtsprechung soll hier verstanden werden als die durch ein unbeteiligtes Subjekt in einem rechtlich geregelten Verfahren mit staatlicher Autorität ergehende verbindliche Entscheidung in Fällen bestrittenen oder verletzten Rechts²¹⁵⁾.

Mit Art. 92 GG hat der Verfassungsgeber für die Rechtsprechung als staatliche Funktion "den Grundsatz der Gewaltenteilung ausnahmslos zugunsten des Richters verwirklicht"²¹⁶⁾ und das Rechtssprechungsmonopol der Gerichte begründet. Zugleich ist klargestellt, daß nur staatliche Gerichte rechtsprechende Gewalt ausüben können und dürfen²¹⁷⁾. Die Regelung der Rechtsprechung im IX. Abschnitt des Grundgesetzes ist daher insoweit eindeutig, als jede Form privater Rechtsprechung nach unserer verfassungsmäßigen Ordnung ausgeschlossen ist. Auch die rechtsprechende Gewalt scheidet damit als Gegenstand einer staatlichen Beilehung Privater aus.

212) HdbDStR II S. 129; inhaltlich ebenso Maunz, Staatsrecht S. 248; Becker VVDStRL 14, 105.

213) Friesenhahn, Festschrift f. Thoma S. 23; Hesse, Grundzüge S. 203; Hans J. Wolff VR I § 19 I a 2, S. 77.

214) Friesenhahn a.a.O. S. 27 ff. im Anschluß an Böttcher ZZP 51, 207 ff.; W. Jellinek VR S. 5; Forsthoff VR S. 5 f.; Rumpf VVDStRL 14, 151 ff.; dagegen auch BVerfG v. 6.6.1967 (NJW 1967, 1219 f.); Menger, System S. 40 ff.

215) Sinngemäß ebenso Hans J. Wolff VR I § 19 I b 3, S. 79; Hesse, Grundzüge S. 203; G.u.E. Küchenhoff, Staatslehre S. 135; vgl. auch Hamann GG Art. 92 Anm. B 1 b; BVerfG v. 9.11.1955 (E 4, 331/344 f.).

216) Ule DVBl. 1959, 537 r.Sp.; Schiedermair DÖV 1960, 9.

217) BVerfG v. 24.11.1964 (E 18, 241/253); Hamann GG Art. 92 Anm. B 4; Baur JZ 1965, 164 l.Sp.; aA. Bettermann GR III/2 S. 629, nach dem der IX. Abschnitt des GG "nur" die "staatlichen" Gerichte behandelt.

dd. Exkurs: Zweifelsfälle der Ausübung rechtsprechender Gewalt durch Private

Dieses Ergebnis wird ebenfalls im Schrifttum vereinzelt in Frage gestellt. Wenn es sich insofern teilweise auch nur um Einzelmeinungen handelt, so sind diese gleichwohl zu bedeutsam, als daß sie in diesem Zusammenhang stillschweigend übergangen werden könnten, zumal auch wenigstens zwei Fälle vermeintlicher Ausübung rechtsprechender Gewalt durch Private vom Gesetzgeber selbst anerkannt zu werden scheinen. Es sollen daher im folgenden die Vertragsstrafe und die private Schiedsgerichtsbarkeit sowie die Verhängung von Vereins- und Betriebsstrafen auf ihre rechtliche Qualifizierung hin überprüft werden.

(a) Vertragsstrafe und private Schiedsgerichtsbarkeit

So wird die Ansicht vertreten, das Recht der V e r t r a g s - s t r a f e (§§ 339 ff. BGB) sei eine Form privater Gerichtsbarkeit, die der Verfassungsgeber vorgefunden habe²¹⁸⁾. Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Vertragsstrafe mit einer "Strafe" nichts gemein hat. Vielmehr handelt es sich um ein bedingtes Leistungsversprechen des Schuldners für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung seiner Vertragspflichten, also um ein vertragliches "Sühneversprechen für den Fall des Vertragsbruchs"²¹⁹⁾. Der gerichtliche Eingriff im Rahmen des § 343 BGB ist nicht Herabsetzung einer Strafe, sondern ein gesetzlicher Fall richterlicher Vertragsgestaltung.

Problematischer dagegen ist die rechtliche Qualifizierung der privaten S c h i e d s g e r i c h t b a r k e i t . Denn gem. § 1025 ZPO können die Parteien vereinbaren, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch ein oder mehrere Schiedsrichter erfolgen soll; deren Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (§ 1040 ZPO). Es ist zu untersuchen, ob es sich deshalb um Ausübung rechtsprechender Gewalt durch Private handelt²²⁰⁾.

218) Baur JZ 1965, 164 r.Sp.

219) Esser, Schuldrecht S. 291; ebenso Erman-Westermann BGB Vorb. 2 zu §§ 339 ff.

220) So eindeutig bejahend Baur JZ 1965, 164 r.Sp.; in diesem Sinne wohl auch, wenngleich weniger ausdrücklich, Arndt NJW 1965,

Voraussetzung der Schiedsgerichtsbarkeit ist, daß die Parteien sie vereinbart haben, und daß sie über den Streitgegenstand einen Vergleich schließen können (§ 1025 I ZPO). Aus dieser Regelung, die nicht nur die Berufung der "Gerichte", sondern auch deren Besetzung und das Verfahren vor ihnen in weitem Maße der Parteiwillkür überläßt (§§ 1028 f., 1034 II ZPO), geht bereits hervor, daß es sich um die Ausübung der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht handeln kann. Staatliche Gerichtsbarkeit kann nur von Organen ausgeübt werden, die auch "personell vom Staat entscheidend bestimmt" sind²²¹⁾. Gerade das wollen die Parteien aber durch ihre Abrede ausschließen. Wären die Schiedsgerichte Privatgerichte, würde der Staat lediglich das rechtsprechende Organ auswechseln, dieses aber gleichwohl an die zivilprozessualen Normen gebunden sein, was die Parteien aber ebenfalls verhindern wollen. Auch wäre es unerklärlich, wie auf ein durch private Abrede ins Leben gerufenes Organ eo ipso staatliche Funktionen übergehen sollten, ohne daß der Staat auf seine Besetzung den geringsten Einfluß hätte. Der entscheidende Einwand ist aber, daß die Schiedsgerichte keine Rechtsprechung iSd Art. 20 II 2, III GG und Art. 92 GG ausüben. Weder entscheiden sie endgültig im Sinne eines Urteils - die Rechtskraft des Schiedsspruches bleibt trotz des Wortlautes des § 1040 ZPO hinter der eines Urteils zurück²²²⁾ -, noch entscheiden sie auf Grund oder mit staatlicher Autorität, sondern nur auf Grund einer Parteiabrede. Eine über den vertraglichen Bereich hinausreichende rechtliche Bedeutung gewinnen die Schiedssprüche allein durch den Umstand, daß der Staat sie in engen Grenzen zur Herstellung des Rechtsfriedens anerkennt²²³⁾.

Die Vereinbarung eines Schiedsvertrages ist als "materiell-rechtlicher Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen" zu verstehen²²⁴⁾.

26/27; Nikisch, Zivilprozeßrecht § 143 I 1, S. 587; Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 124 II 3, S. 707.

221) BVerfG v. 24.11.1964 (E 18, 241/253).

222) Die Aufhebungsmöglichkeiten eines Schiedsspruches sind gem. § 1041 ZPO gegenüber den strengen Anforderungen für die Wiederaufnahme eines Verfahrens gem. §§ 578 ff. ZPO erheblich erleichtert.

223) Vgl. Baumbach-Lauterbach ZPO § 1040 Anm. 2 B; Stein-Jonas-Schönke-Pohle ZPO § 1040 Anm. III 3.

224) BGHZ v. 28.11.1963 (E 40, 320/322).

Ebenso wie der Staat den Einzelnen die Regelung ihrer bürgerlich-rechtlichen Beziehungen überläßt, stellt er ihnen anheim, bei Streitigkeiten zivilprozessuale Hilfe durch seine Gerichte in Anspruch zu nehmen. Die Rechtsordnung hindert sie aber damit nicht, ihre Angelegenheiten auch in dieser Hinsicht selbst zu regeln. Es muß daher ebenfalls in ihrem Belieben stehen, sich bei einem Vergleich der Hilfe eines Dritten bedienen oder sich sogar dessen Entscheidung unterwerfen zu wollen. Nur damit ein einigermaßen geordnetes Verfahren gewährleistet ist, insbesondere dem wirtschaftlich Schwächeren nicht eine unparteiliche Entscheidung über diesen Weg aufgezwungen wird, hat der Staat für eine Regelung durch einen Dritten bestimmte Mindestanforderungen angeordnet. Das bedeutet aber nicht, daß hier Private die staatliche Funktion der Rechtsprechung ausüben und an die Stelle der Gerichte treten²²⁵⁾.

(b) Verhängung von Vereins- und Betriebsstrafen

Die zuvor getroffene Feststellung, nur staatliche Gerichte könnten die rechtsprechende Gewalt ausüben, ist weiterhin im Hinblick auf die Fälle der Verhängung von Vereins- und Betriebsstrafen, vielfach als "Betriebsjustiz" gekennzeichnet, zu überprüfen. Es ist zu erörtern, ob es sich nicht um Rechtsprechung im materiellen Sinn handelt, die damit - wenngleich nur als Ausnahmefall - doch Gegenstand einer Beilehung Privater sein könnte²²⁶⁾.

Es läge nahe, diese Frage allein mit einem Hinweis auf Art. 92 GG zu verneinen. Art. 92 GG begründet, so könnte man versucht sein zu argumentieren, ein umfassendes Richtermonopol für die Rechtsprechung, und aus diesem ergebe sich bereits die Unzulässigkeit, weil Verfassungswidrigkeit, jeglicher Vereins- und Betriebsgerichtsbarkeit²²⁷⁾. Jedoch würde man damit das Problem nur zur Seite schieben,

225) Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit S. 49 f.; Baumbach-Lauterbach ZPO Vorb. B zu § 1025; Stein-Jonas-Schönke-Pohle ZPO § 1040 Anm. I; H.H. Klein DÖV 1955, 757. - Zur Qualifizierung der Tätigkeit der Schiedsmänner vgl. unten § 3 Ziff. XV, S.120 ff.

226) Vgl. zu dieser Frage in jüngster Zeit die Beiträge von Baur JZ 1965, 163 ff.; Kienappfel JZ 1965, 599 f.; Gaul Betr. 1965, 685 ff.; Meyer-Cording NWJ 1966, 225 ff.; Kaiser BB 1966, 1107 ff., alle m.w.N.

227) So Baur JZ 1965, 163 f.; Gaul Betr. 1965, 667.

nicht lösen. Denn Art. 92 GG bestimmt nur, daß die Richter zur Wahrnehmung der Rechtsprechungsfunktion ausschließlich berufen sind, sagt dagegen aber nichts darüber aus, ob die "Bestrafung" von Vereinsmitgliedern oder Betriebsangehörigen durch Gremien, die unstreitig keine Gerichte iSd Art. 92 GG sind, nicht gleichwohl materielle Rechtsprechung ist.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist an frühere Ausführungen zur Vereinsautonomie anzuknüpfen. Dort war dargelegt worden, daß das Recht sozialer Gemeinschaften, zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten verbindliche Bestimmungen aufzustellen, als Ausfluß der Privatautonomie anerkannt und auch verfassungsrechtlich geschützt ist. Die Ordnungsfunktion derartiger Regeln würde aber schnell in Frage gestellt werden, bestünde nicht die Möglichkeit, Verstöße gegen sie in irgendeiner Form zu verhindern oder zu ahnden. So beschränkt sich die größte soziale Einheit, der Staat, eben nicht darauf, nur Normen für eine Rechtsordnung zu erlassen, sondern sie trifft zugleich Maßnahmen, um deren Einhaltung und Beachtung durch alle Bürger sicherzustellen. Nicht minder hat jede kleine und kleinste Einheit um ihres Bestehens willen ein berechtigtes Interesse, die von ihr aufgestellte Ordnung (Satzung etc.) durchzusetzen und etwaige Verstöße gegen sie zu pönalisieren. Die Berechtigung zu einer derartigen Vereins- oder Verbandsgewalt läßt sich insofern zwanglos aus der Vereins- oder Verbandsautonomie ableiten.

Demgegenüber kann es sich nur noch darum handeln, die Grenzen zu den in Art. 92 GG festgelegten Grundsätzen aufzuzeigen und zu prüfen, ob diese im Falle der sog. Vereins- und Betriebsgerichte eingehalten werden. Baur ist der Ansicht, Art. 92 GG gelte nicht für die seiner Meinung nach bei Erlaß des Grundgesetzes vorhandene private Gerichtsbarkeit, nämlich für das Recht der Vertragsstrafe und die private Schiedsgerichtsbarkeit. Die Vereins- und Betriebsgerichtsbarkeit sei im Hinblick auf Art. 92 GG verfassungsrechtlich daher nur dann haltbar, wenn und soweit sich ihre Tätigkeit entweder als Festsetzung von Vertragsstrafen oder als private Schiedsgerichtsbarkeit qualifizieren lasse²²⁸⁾. Dieser Schluß ist indes nicht

228) Baur JZ 1965, 164 f., 166.

gerechtfertigt. Denn Art. 92 GG findet nur auf die Ausübung von Rechtsprechung im materiellen Sinn Anwendung. Bereits weiter oben war aber versucht worden nachzuweisen, daß es sich in den von Baur angeführten Fällen keineswegs um die Ausübung rechtsprechender Gewalt handelt. Es kommt daher in diesem Zusammenhang allein entscheidend auf das Verständnis der Rechtsprechung iSd Art. 92 GG und die Frage an, ob auch die Tätigkeit der Vereins- und Betriebsgerichte von diesem Begriff umfaßt wird. Rechtsprechung ist weiter oben (cc) als die durch ein nicht beteiligtes Subjekt mit staatlicher Autorität ergehende verbindliche Entscheidung in Fällen bestrittenen oder verletzten Rechts gekennzeichnet worden. Vergleicht man nun den materiellen Gehalt der Tätigkeit der Vereins- und Betriebsgerichte mit der so verstandenen Rechtsprechung iSd Art. 92 GG, so werden die Unterschiede zwischen beiden deutlich. Die den Wahrspruch fällende Instanz ist weder ein unbeteiligtes Subjekt zwischen Verein und Mitglied, Betrieb und Arbeitnehmer, noch fällt sie eine verbindliche Entscheidung kraft staatlicher Autorität. Das sog. Vereins- und Betriebsgericht steht nicht an Stelle eines staatlichen Gerichts und tangiert deshalb auch nicht das Richtermonopol. Vielmehr bedeutet die Ahndung von Verstößen gegen die Vereins- oder Betriebsordnung durch Verwarnung, Verweis, Geldbuße u.ä. betriebliche Selbstverwaltung, deren Parallele zur Disziplinargewalt im öffentlichen Recht unverkennbar ist²²⁹⁾. Das geht auch aus § 56 I lit.f BetrVerfG hervor, mit dessen Hilfe zumeist die "Straf"gewalt der Betriebe gerechtfertigt wird. Nach dieser Vorschrift können in "Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb" durch (erzwingbare) Betriebsvereinbarungen z.B. Arbeitsbeginn, Rauchverbot, Einhaltung von Sicherheitsvorschriften u.ä. geregelt werden. Nur der Verstoß gegen derartige betriebliche Anordnungen wird betriebsintern mit einer "Strafe" belegt, und diese hat mit der Kriminalstrafe nichts gemein, da sie mit einem ethischen Schuldvorwurf nicht verbunden ist. Das gilt auch dann, wenn die Verfehlung zugleich eine strafbare Handlung darstellt; es liegt dann das gleiche Verhältnis wie zwischen ordentlicher Strafe und öffentlich-rechtlicher Disziplinar-

229) Nikisch, Arbeitsrecht III S. 418; Meyer-Cording NJW 1966, 227; Dietz BetrVerfG § 56 Rdn. 168; Kienapfel JZ 1965, 602.

strafe vor²³⁰⁾. Somit handelt es sich bei den Vereins- und Betriebsstrafen lediglich um interne Ordnungsmaßnahmen, deren Rechtsgrundlage die Zugehörigkeit zum Verein oder Betrieb und die damit notwendig verbundene Unterwerfung unter deren Ordnung ist. Mit der Ausübung rechtsprechender Gewalt hat das aber nichts zu tun²³¹⁾.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß die Rechtsprechung im materiellen Sinn ebenso wie die Staatsfunktion der Gesetzgebung kein Gegenstand einer Beleihung Privater sein kann. Sie ist dem staatlichen Organ "Gericht" und den staatlichen "Richtern" zugewiesen, und jede Beteiligung nichtrichterlicher Personen an ihrer Ausübung ist nach geltendem Verfassungsrecht schlechthin ausgeschlossen. Nach geltendem Recht lassen sich dementsprechend auch keine Fälle der Ausübung rechtsprechender Gewalt durch Private finden²³²⁾.

230) Nikisch, Arbeitsrecht III S. 418; Dietz BetrVerfG § 56 Rdn. 168 a.E.

231) LAG Baden-Württemberg v. 10.1.1963 (Betr. 1963, 871); Nikisch, Arbeitsrecht S. 417 f.; Dietz BetrVerfG § 56 Rdn. 168; Kaiser BB 1966, 1109; Reuß GR III/1 S. 117; Bögs RdA 1956, 8 f.; Meyer-Cording NJW 1966, 227; Kienapfel JZ 1965, 602. - Die entwickelten Grundsätze sind entsprechend auf andere "kritische Fälle" des geltenden Rechts anzuwenden; vgl. Bettermann GR III/2 S. 630 ff.; Fälle bei Hamann GG Art. 92 Anm. B 2 b. Danach ergibt sich auch, daß z.B. die gem. § 9 Satz 3 BörsG gebildeten Ehrengerichte keineswegs "kraft gesetzlicher Delegation eine verliehene hoheitliche Justizgewalt" ausüben - so E.R. Huber WiVR I S. 635; Frantzen, Diss. S. 24 -, sondern daß es sich vielmehr um schlichte Selbstverwaltungsorgane handelt; in diesem Sinne auch Meyer-Bremer BörsG § 9 Anm. 1.

232) Klarzustellen ist, daß es sich hier nur um Rechtsprechung im oben definierten Sinne handelt. Daneben sind die "Rechtspflege" und insbesondere die "Freiwillige Gerichtsbarkeit" ebenfalls spezifisch staatliche Aufgaben, BVerfG v. 5.5.1964 (E 17, 371/376). Die rechtssystematische Einordnung unter die Staatsfunktionen läßt sich aber nicht einheitlich vornehmen, da sie Aufgaben umfassen, die teils materielle Rechtsprechung, teils materielle Verwaltung sind; Hans J. Wolff VR I § 19 I b 3, S. 78; Bettermann, Festschrift f. Lent S. 24; Wertenbruch Gedächtnisschrift f. R. Schmidt S. 93 f. m.w.N.. Soweit es sich um materielle Rechtsprechung handelt, gilt das dazu Gesagte; soweit die Angelegenheiten materielle Verwaltung sind (z.B. Grundbuch-, Vormundschafts-, Nachlaß-, Registersachen; Beurkundungswesen) sollen sie dort mitbehandelt werden (siehe im folgenden ee).

ee. Die spezifisch staatliche Verwaltung

Nach der Ausgrenzung des Beleihungsgegenstandes aus den Staatsfunktionen der Gesetzgebung und der Rechtsprechung ist diese schließlich noch für die materielle Verwaltungstätigkeit des Staates vorzunehmen und zu prüfen, ob auch die Wahrnehmung dieser dritten Art staatlicher Funktionen ausschließlich Staatsorganen zugewiesen ist. Die Untersuchung kann sich freilich auf die spezifisch staatliche Verwaltung beschränken, nachdem jede Form öffentlicher Verwaltungstätigkeit in privatrechtlicher Form, welcher Zweckbestimmung auch immer, bereits an anderer Stelle für die hier angesprochene Problematik auszuschneiden war²³³⁾.

Während eine zufriedenstellende Begriffsbestimmung der materiellen Gesetzgebung und Rechtsprechung ohne größere Schwierigkeiten vorgenommen werden kann, so trifft dies nicht in gleicher Weise für die dritte Staatsfunktion, die Verwaltung, zu. Denn die Verrichtungen und Tätigkeiten, die in der Verwaltung vorkommen, sind zu vielfältig und ändern sich zu häufig, als daß für sie eine allgemeingültige und stets zutreffende Definition gegeben werden könnte. Es lag daher nahe, ausgehend von der Dreiteilung der Gewalten, sich für eine negative Begriffsbestimmung der Verwaltung zu entscheiden, und die Verwaltungsrechtslehre ist in dieser Weise zunächst fast einhellig vorgegangen. Öffentliche Verwaltung wurde und wird zum Teil auch noch heute bestimmt als die Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, die weder Rechtsetzung noch Rechtsprechung ist²³⁴⁾. In neuerer Zeit wird dagegen eine positive Bestimmung der Verwaltung versucht²³⁵⁾, die aber bisher, da sie weniger definiert als das Typische der Verwaltung umschreibt, noch keine theoretische Grundlage für eine einheitliche Begriffsbildung abgeben konnte. Aus dieser Erkenntnis heraus meint Forsthoff noch in der jüngsten Auflage seines Lehrbuchs, die Verwaltung lasse sich allenfalls beschreiben, nicht aber definieren²³⁶⁾.

233) Siehe oben § 1 II 3 c, S. 23 ff..

234) O. Mayer VR S. 7 ff.; Fleiner, Institutionen S. 4, 7 f.;
W. Jellinek VR S. 5.

235) Vgl. Hans J. Wolff VR I § 2 I b, S. 8; Becker VVDStRL 14, 100;
Rumpf VVDStRL 14, 152 ff..

236) VR S. 1.

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und auch insoweit ihrer Zielsetzung nicht entsprechen, sich mit den zahlreichen Definitionen und Umschreibungen der öffentlichen Verwaltung im einzelnen auseinanderzusetzen. Unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Bestimmung der Gesetzgebung und Rechtsprechung und unter ausdrücklicher Beschränkung auf die gegebene Problemstellung erscheint eine negative Abgrenzung für den Zweck der vorliegenden Untersuchung ausreichend. Die Erörterung hat sich dabei freilich auf die innere Verwaltung zu beschränken und die im wesentlichen vom Politischen her bestimmte Regierungstätigkeit und den ihr nahestehenden völkerrechtlichen Verkehr auszuklammern²³⁷⁾. Hingegen ist diejenige Tätigkeit der Gerichte, bei der es sich nicht um materielle Rechtsprechung in dem weiter oben (cc) dargelegten Sinn handelt, der negativen Begriffsbestimmung der materiellen Verwaltung entsprechend in diese einzubeziehen²³⁸⁾. Im folgenden soll daher die Verwaltung im materiellen Sinn als die Tätigkeit des Staates verstanden werden, die nicht materielle Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Regierungstätigkeit ist, und die auf die Verwirklichung der staatlichen Zwecke nach einer bestimmten Ordnung unter der staatlichen Rechtsordnung gerichtet ist²³⁹⁾.

Im Gegensatz zu der genauen und ausschließlichen Bestimmung der Organträger der Gesetzgebung und der Rechtsprechung fehlen im Grundgesetz für die Verwaltung entsprechende Vorschriften. Es läge daher nahe, aus diesem Schweigen des Verfassungsgebers auf die Zulässigkeit der Übertragung öffentlicher Verwaltung auch auf Privatpersonen zu schließen. Dieser Auffassung ist namentlich Reuß jedoch wiederholt entschieden entgegengetreten. Voraussetzung für die Übertragung öffentlicher Verwaltung auf Private ist nach ihm eine gesetzliche Grundlage, die ihre Stütze im Grundgesetz finden müsse, die es aber nicht gebe. Vielmehr habe der Verfassungsgeber in den Art. 83 ff. GG abschließend bestimmt, welche Stellen Hoheitsaufgaben der Verwaltung ausüben könnten. Das Grundgesetz spreche dabei nur von Behörden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen

237) O. Mayer VR I S. 7 ff.; W. Jellinek VR S. 3 ff.; Forsthoff Vr S. 13 ff.; Hans J. Wolff VR I § 2 IV, S. 13.

238) Ebenso Hans J. Wolff VR I § 19 I b 3, S. 78, allerdings widersprüchlich gegenüber § 2 V d, S. 17; zum Problem vgl. auch Bettermann, Festschrift f. Lent S. 24 ff.

239) Ähnlich v. Turegg-Kraus VR S. 19.

Rechts, und an keiner Stelle sei ein Recht zur Delegation hoheitlicher Befugnisse auf andere als öffentliche Verwaltungsstellen, insbesondere auf natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, ausgesprochen worden. Der Staat würde daher Privaten Hoheitsbefugnisse nach freien und unnachprüfaren Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten übertragen, was in fundamentalem Gegensatz zu den Prinzipien einer parlamentarischen Demokratie und zu den Verwaltungsgrundsätzen der Art. 83 ff. GG stehe. Daraus ergebe sich aber ein Verbot jeder Übertragung hoheitlicher Befugnisse an Private²⁴⁰⁾. Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse durch Private hat auch Herb. Krüger. Sie sei wegen Art. 33 IV GG grundsätzlich ausgeschlossen, da ein öffentliches Amt nur von öffentlichen Personen nach öffentlichen Gesichtspunkten bekleidet und ausgeübt werden könne²⁴¹⁾.

Zutreffend hat E.R. Huber der aus den Art. 83 ff. GG hergeleiteten Argumentation entgegengehalten, daß sie die Bedeutung verkennt, die diesen Vorschriften im System des Grundgesetzes zukommt²⁴²⁾. Die Art. 83 ff. GG grenzen im Anschluß an die Art. 70 ff. GG die Verwaltungskompetenzen des Bundes und der Länder ab, und zwar in dreifacher Hinsicht: (1) Es werden die Verwaltungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern aufgeteilt (Art. 83, 87-90); (2) für den Vollzug der Bundesgesetze werden drei grundsätzliche Verwaltungstypen geschaffen (Art. 84-86); (3) schließlich werden die nach (1) ermittelten Zuständigkeiten auf die einzelnen Verwaltungstypen verteilt (Art. 83, 87-90)²⁴³⁾. Die Art. 83 ff. GG enthalten dagegen keine abschließenden Vorschriften für die innere Organisation der verschiedenen Verwaltungstypen, insbesondere keine ausschließliche Zuweisung der Verwaltung an Behörden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Vielmehr dürfte gerade Art. 86 GG deutlich

240) BB 1949, 276; DVBl. 1953, 685; GR III/1 S. 128 ff.; WiVR I S. 62, 64, 68, 91; offenbar ebenso Arendt DV 1949, 149.

241) Staatslehre S. 317 f.; vgl. auch E.R. Huber WiVR I S. 544.

242) WiVR I S. 540; vgl. auch Evers, Der Staat Bd. 3, 56 f.

243) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 83 Rdn. 13.

machen, daß diese Aufzählung nur eine beispielhafte ist, die weder die Übertragung öffentlicher Verwaltung auf Stiftungen des öffentlichen Rechts noch auf Privatrechtssubjekte verbietet²⁴⁴⁾. Das gilt freilich wegen Art. 83 GG nur für die bundeseigene Verwaltung. Jedoch bestehen auch im Bereich der Landesverwaltung für die Betrauung Privater mit spezifisch staatlichen Verwaltungsaufgaben und -befugnissen ebenfalls keine Bedenken²⁴⁵⁾. Diese Ansicht wird besonders durch die §§ 2 III, 13 und 24 I schlhLVerwG²⁴⁶⁾ bestätigt. Im Gegensatz zu der grundgesetzlichen Regelung werden hier neben dem Land, den Gemeinden, den Kreisen sowie den Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts auch die natürliche und juristische Person des Privatrechts als "Träger der öffentlichen Verwaltung für die ihnen übertragenen Aufgaben" anerkannt (§ 2 III). Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang insoweit insbesondere auch, daß neben der "Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in Handlungsformen des privaten Rechts" (§ 24 II) ausdrücklich auch die Übertragung von "Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts" auf Privatpersonen für zulässig erachtet wird (§ 24 I).

Auch Art. 33 IV GG spricht nicht gegen ein verfassungsrechtliches Verbot der Übertragung öffentlicher Verwaltung auf Private. Nach dieser Vorschrift ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Das bezieht sich unmittelbar aber nur auf die Verteilung der Aufgaben zwischen Beamten einerseits, Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes andererseits und begründet einen Funktionsvorbehalt für die Beamten²⁴⁷⁾. Dieser Funk-

244) E.R. Huber WiVR I S. 540; ders. DVBl. 1952, 149; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 86 Rdn. 2; Haas AöR Bd. 80, 99; Götz, Wirtschaftssubventionen S. 13; Gerth DöD 1955, 4, 6; Scheuner VVDStRL 11,36; Greß SRV 1967, 123 f.

245) Haas, AöR Bd. 80, 99.

246) Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein - Landesverwaltungsgesetz - v. 18.4.1967 (GVBl. S. 131).

247) Ule GR IV/2 S. 559; Hans J. Wolff VR II § 107 II b 1, S. 382; Thieme, Öffentlicher Dienst S. 31 f., 55 f.

tionsvorbehalt ist aber nur ein grundsätzlicher. Wie sich aus Art. 33 IV GG ergibt, ist er in dreifacher Weise beschränkt²⁴⁸⁾, nämlich 1. auf die Ausübung hoheitsrechtlicher Verwaltungsbefugnisse, 2. auf die Ausübung zwar hoheitlicher, aber nur ständiger Befugnisse, 3. auf den Regelfall. Art. 34 IV GG enthält damit eine verfassungsrechtliche Garantie des Berufsbeamtentums, die aber nicht so weit geht, daß nichtbeamtete Dritte von der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse gänzlich ausgeschlossen sein sollen²⁴⁹⁾. Es ist also festzustellen, daß sich das Grundgesetz für die Verwaltung - anders als bei der Gesetzgebung und der Rechtsprechung - auf die Regelung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Länder beschränkt. Dagegen bestimmt es keine für die Ausübung der Verwaltungsfunktion ausschließlich zuständige Organgruppe, sondern überläßt dem Bund und den Ländern deren Organisation in dem gesteckten Rahmen. Die Übertragung spezifisch staatlicher Verwaltung auf Privatrechtssubjekte ist somit - allerdings, wie noch nachzuweisen sein wird²⁵⁰⁾, nur ausnahmsweise - zulässig²⁵¹⁾ und kann insoweit auch als Beliehungsgegenstand in Betracht kommen.

III. Zusammenfassung und eigene Begriffsbestimmung des Beliehenen

Die Untersuchung der im Schrifttum und in der Rechtsprechung sehr

248) Vgl. dazu insb. Wacke, Grundlagen S. 13 f.; Ule GR IV/2 S. 559 f.; Otto ZBR 1956, 235 ff.; Thieme a.a.O., S. 56 f.

249) In diesem Sinne auch Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 33 Rdn. 42; v. Mangoldt-Klein GG II Art. 33 Anm. VI 3 u. 4; E.R. Huber WiVR I S. 544; Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364; Dagoglou, Der Private in der Verwaltung S. 72; Ule GR IV/2 S. 559 ff.; Gerth DöD 1955, 21; Wacke, Grundlagen S. 13 f.; Forsthoef, Technische Überwachung S. 62; Greß SRV 1967, 123.

250) Unten § 6 I, S. 148 ff.

251) Im Ergebnis ebenso neben den in der vorigen Fußnote Genannten: BVerwG v. 21.12.1954 (E 1, 303/304); BGHZ v. 12.7.1951 (BB 1951, 795); BayVfGH v. 10.3.1951 (Verw.Rspr. 3, 651/664); BayVGh v. 28.5.1954 (VGh (n.F.) 7, 71/74); bayKompGH v. 11.5.1957 (BayVBl. 1957, 253/254); wohl auch BVerfG v. 27.4.1959 (E 9, 268/284); weiterhin teilen diese Ansicht W. Jellinek VR S. 526 f.; Obermayer, Verwaltungsakt S. 61 f.; Kormann, Einführung S. 145; Badura, Verwaltungsmonopol S. 251 f.; Köhler BB 1952, 149; Scheuner VVDStRL 11, 31, 62; Bachof AöR Bd. 83, 213; Köttgen JöR (n.F.) 3, 114, 144; ders. JöR (n.F.) 11, 173 ff., 303; Reuß-Chorvat, Wirtschaftsverfassung S. 64, 91; Stein Wirtschaftsaufsicht S. 259; Evers, Der Staat Bd. 3, 56 f. Zu den verfassungsrechtlichen Schranken vgl. unten § 6.

unterschiedlichen Bestimmungen des Gegenstandes der Beleihung - im wesentlichen abgestellt teils auf die Übertragung öffentlicher oder staatlicher Aufgaben, teils auf die Übertragung hoheitlicher Befugnisse - hat ergeben, daß die von der weitaus überwiegenden Meinung gewählten Kriterien ungeeignet sind, das Wesen der Beleihung genau zu erfassen. An die "öffentlichen Aufgaben" kann nicht angeknüpft werden, weil diese vom Privaten bereits auf Grund seiner eigenen Rechtsmacht wahrgenommen und erfüllt werden können. Auf die "staatlichen Funktionen" im Sinne der Gewaltenteilung schlechthin abzustellen, geht zu weit, da die rechtsetzende und die rechtsprechende Funktion ausschließlich staatlichen Organen zugewiesen sind und ihre Übertragung auf Privatrechtssubjekte verfassungsrechtlich nicht zulässig ist. Als allein brauchbares Kriterium für die Beleihung verbleibt mithin die "spezifisch staatliche Verwaltungstätigkeit".

Klaus Vogel, der zu demselben Ergebnis kommt, will diesen Bereich spezifisch staatlichen Verwaltungshandelns mit den "hoheitlich-obrigkeitlichen Maßnahmen" gleichsetzen, weil dies die einzige Tätigkeit sei, die allein der Staat rechtlich relevant vornehmen könne²⁵²⁾. Das ist aber insofern unzutreffend, als Klaus Vogel die pflegende (schlichthoheitliche) Verwaltung (z.B. die Beurkundungstätigkeit) offensichtlich ganz unberücksichtigt läßt, da er den Begriff "obrigkeitlich" nur im Sinne von "Eingriffsverwaltung" (Zwang) versteht. Aber auch soweit er für die Bestimmung des Beliehenen auf die Verleihung "hoheitlicher Befugnisse" abstellen will²⁵³⁾, mangelt es an der erforderlichen Klarheit. Denn sollte sich Klaus Vogel ebenfalls zu einer Funktionstheorie bekennen, was aus seinen Ausführungen nicht klar hervorgeht, so kann - wie nachzuweisen versucht wurde - begrifflich heute eben nicht mehr allgemeinverständlich und brauchbar auf die "hoheitliche Verwaltung" abgestellt werden. Die terminologische Unsicherheit würde damit nur noch größer werden, als sie ohnehin schon ist.

Vielmehr scheint es mir angebracht zu sein, den Begriff der spezifisch staatlichen Verwaltung zu verwenden, der alle Tätigkeit der

252) Wirtschaftseinheiten S. 81, 109.

253) Wirtschaftseinheiten S. 81.

öffentlichen Verwaltung in öffentlich-rechtlicher Form einschließlich der schlichthoheitlichen Verwaltung umfaßt. Es wird stets auf den Einzelfall ankommen zu entscheiden, ob privatrechtliches oder ausschließlich öffentlich-rechtliches Können zur Erfüllung einer Aufgabe oder zur Wahrnehmung einer Befugnis notwendig ist. Auszugehen ist dabei von dem Rechtssatz und zu fragen, ob dessen Zuordnungssubjekt die Allgemeinheit schlechthin oder allein der Staat ist²⁵⁴⁾. Das wird für die geltende Rechtsordnung an anderer Stelle zu untersuchen sein²⁵⁵⁾.

Dieses Ergebnis, das sich zwingend aus der vorangegangenen Untersuchung ergibt, bedarf in einem Punkt noch einer abschließenden Konkretisierung. Die Frage nach dem Beleihungsgegenstand hatte sich deshalb auf die Zuständigkeit zur Wahrnehmung staatlicher Funktionen konzentriert, weil diese dem Privatrechtssubjekt von der Rechtsordnung nicht eingeräumt worden ist. Als entscheidendes Kriterium der Beleihung ist demgemäß die Einräumung dieser Zuständigkeit erkannt worden, die auch Privatrechtssubjekten die rechtswirksame Wahrnehmung und Ausübung spezifisch staatlicher Funktionen ermöglicht, wenngleich auch aus den dargelegten verfassungsrechtlichen Gründen insofern nur die spezifisch staatliche Verwaltungstätigkeit in Betracht kommt. Infolgedessen kann von einer Beleihung dort nicht gesprochen werden, wo die Vornahme bestimmter Handlungen von einer solchen besonderen Rechtsmacht unabhängig ist, mag sie auch jeweils in engem Zusammenhang mit einer hoheitlichen Kompetenz stehen. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Gemäß § 3 III a 1 StVO²⁵⁶⁾ sind die Bauunternehmer zur Absperrung von Arbeitsstellen verpflichtet; die Straßen-sperrung ist durch entsprechende Verbotsszeichen zu kennzeichnen (A VI Satz 1 der Anlage zur StVO). Ohne näher auf die Frage des Rechtscharakters (Rechtsnorm oder Verwaltungsakt) von Verbotsszeichen eingehen zu müssen, ist jedoch klar, daß es sich insoweit um eine hoheitliche Verwaltungstätigkeit handelt; denn nur der Staat kann eine Rechtsverordnung oder einen Verwaltungsakt rechtswirksam erlassen.

254) Vgl. Hans J. Wolff AöR Bd. 76, 210; ders. VR I § 22 II c, S.93 f.; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 80.

255) Siehe unten § 3.

256) Straßenverkehrsordnung - StVO - idF der Bekanntmachung v. 29.3.1956 (BGBl. I S. 327).

Dementsprechend sind, wie sich aus den Absätzen IV und III a des § 3 StVO ergibt, ausschließlich staatliche Stellen (die Straßenverkehrsbehörden bzw. Straßenbaubehörden) für den Erlass derartiger Maßnahmen zuständig. Die Tätigkeit der Bauunternehmer beschränkt sich demgegenüber allein auf die praktische oder technische Aufstellung des Verbotsszeichens entsprechend der behördlichen Anordnung, erschöpft sich also in einer rein manuellen Tätigkeit, die aber als solche beim Handelnden kein besonderes rechtliches Können voraussetzt, um durchgeführt zu werden, vielmehr gewissermaßen rechtsneutral ist. Die gleiche Beurteilung trifft - um ein weiteres Beispiel zu nennen - auch auf die Tätigkeit der Arbeitgeber bei der Einhaltung und Abführung der Lohnsteuer²⁵⁷⁾ zu. Die insoweit vorzunehmenden Handlungen sind lediglich technische Mittel zur Steuererhebung durch den Staat und setzen als solche keine besondere Rechtsmacht seitens des Arbeitgebers voraus. Denn die Steuerhoheit als eine spezifisch staatliche Kompetenz nimmt auch gegenüber dem Arbeitnehmer weiterhin allein der Staat selbst wahr. Es kann an dieser Stelle zunächst dahinstehen, wie die staatliche Heranziehung Privater zu derartigen Verrichtungen rechtlich zu beurteilen ist. Aus den früheren Ausführungen folgt jedoch, daß es sich hierbei um eine Beleihung nicht handeln kann, weil den Privaten keine besondere Rechtsmacht verliehen wird, die der privatrechtlichen Handlungsfähigkeit überlegen ist, mag ihre Heranziehung und ihr Tätigwerden auch in engem Sachzusammenhang mit der Wahrnehmung hoheitlicher Kompetenzen durch staatliche Behörden stehen²⁵⁸⁾.

Abschließend wird daher die folgende Begriffsbestimmung des *Beleihen* vorgeschlagen und der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt werden:

257) Gem. §§ 38, 41 EinkommenssteuerG idF v. 27.2.1968 (BGBl. I S. 145) iVm der Lohnsteuer-DVO idF v. 12.1.1968 (BGBl. I S. 61).

258) Im Ergebnis ebenso Gause, Diss. S. 60 ff.. Er spricht insofern von der "Inpflichtnahme", bei der es sich um eine Indienststellung Privater durch den Staat in demselben Kompetenzbereich handelt, in dem auch die Beleihung stattfindet. Im Gegensatz zur Beleihung würden aber dem Privaten weder hoheitliche Befugnisse eingeräumt noch die Aufgaben zur eigenen Wahrnehmung übertragen. - Vgl. auch Wolffg. Siebert, Rechtsstellung S. 40 f. und die Erörterung der Abgrenzung der Beleihung von der staatlichen Indienstnahme (unten § 2 III).

Beliehener ist eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts, der durch staatlichen Akt die besondere Rechtsmacht (Zuständigkeit) eingeräumt worden ist, bestimmte hoheitliche Verwaltungskompetenzen im eigenen Namen wahrzunehmen.

Auf eine Kurzformel gebracht ließe sich formulieren:

Beliehener ist die mit bestimmten (einzelnen) hoheitlichen Verwaltungskompetenzen betraute Privatperson.

Beleihung als verwaltungsrechtliches Institut²⁵⁹⁾ ist dementsprechend

die durch staatlichen Akt begründete Rechtsstellung einer natürlichen Person oder einer juristischen Person des Privatrechts, kraft derer sie bestimmte (einzelne) Kompetenzen der hoheitlichen Verwaltung im eigenen Namen wahrnimmt.

Terminologisch empfiehlt sich demgemäß auch die in dieser Untersuchung bereits bevorzugte Verwendung des Begriffs "Beliehener", da nur dieser das Beleihungssubjekt treffend kennzeichnet. Seine Bezeichnung als "beliehener Verband" oder als "beliehener Unternehmer" ist deshalb ungenau, weil zum einen die Beleihung natürlicher Personen nicht mitumfaßt wird, zum anderen die wirtschaftlich-unternehmerische Tätigkeit einer natürlichen Person oder juristischen Person für ihre Rechtsstellung als beliehenes Rechtssubjekt völlig irrelevant ist²⁶⁰⁾.

259) Zur rechtlichen Qualifizierung des staatlichen Beleihungsaktes selbst: in materieller Hinsicht s.u. § 5 I 1, in formeller Hinsicht s.u. § 5 I 2.

260) Vgl. Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364.

§ 2. Abgrenzung der Beleihung von verwandten Rechtsinstituten

Bevor die einzelnen Fälle der Beleihung nach geltendem Recht untersucht werden sollen, empfiehlt es sich, dieses Rechtsinstitut von ähnlichen oder verwandten Erscheinungen abzugrenzen. Das gilt namentlich für die Berufszulassung (Erlaubnis, Genehmigung etc.)

(I), die sog. echte Konzession (II), die staatliche Indienstnahme Privater (III), die staatlich gebundenen Berufe (IV), das Beamtenverhältnis (V) und die Übertragung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben auf öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften (VI). Ziel einer derartigen Abgrenzung kann dabei freilich nur die Herausarbeitung und Darlegung der **w e s e n t l i c h e n** Unterschiede dieser Rechtsfiguren zu der Beleihung, nicht dagegen eine grundsätzliche rechtstheoretische Analyse ihrer selbst sein.

I. Beleihung und Berufszulassung (Erlaubnis, Genehmigung etc.)

Die natürliche Handlungsfreiheit im beruflichen und sonst wirtschaftlichen Bereich wird, wie bereits weiter oben (§ 1 II 4 b) dargelegt worden ist, von der Rechtsordnung prinzipiell anerkannt und ist gegen staatliche Eingriffe verfassungsrechtlich geschützt (Art. 1, 2 I, 12 I GG). Die Rechtsordnung kann nun die Handlungsfähigkeit des Individuums erweitern, wie dies im Falle der Beleihung durch Gewährung eines besonderen rechtlichen Könnens geschieht. Sie kann diese aber auch einschränken, was sich immer dann als notwendig erweist, wenn die Freiheitsbereiche verschiedener Individuen kollidieren¹⁾. Der Gesetzgeber, der die widerstreitenden Individualinteressen ausgleichen muß, könnte diese sozialregulative Funktion dadurch ausüben, daß er bestimmte Äußerungen der allgemeinen Handlungsfreiheit generell erlaubt mit dem Vorbehalt, sie zu verbieten (Prinzip der "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt"), oder daß er sie generell verbietet mit dem Vorbehalt, sie zu erlauben (Prinzip des "Verbots mit Erlaubnisvorbehalt"). O. Mayer hatte im Sinne der zweiten Möglichkeit hinter jeder Rechtsnorm, die eine Polizeierlaubnis vorsah, ein Verbot gesehen, das

1) Dazu Über, Freiheit des Berufs S. 51 ff.

mit einem Erlaubnisvorbehalt verbunden ist²⁾. Diese Auffassung, die bald auch Eingang in das Schrifttum gefunden hat³⁾, kann jedoch nicht mehr für Erlaubnisse aufrechterhalten werden, die sich auf Betätigungen innerhalb der grundrechtlichen Freiheiten beziehen. Denn damit würde das Verbot die Regel, die Verwirklichung der sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Einzelbefugnisse dagegen die Ausnahme sein und die grundrechtliche Freiheit in ihr Gegenteil verkehrt werden. Der Gesetzgeber ist deshalb zwar nicht gehindert, die Ausübung bestimmter Betätigungen der grundrechtlichen Freiheiten und der allgemeinen Handlungsfreiheit zu überwachen. Jedoch kann dies nur dadurch erfolgen, daß er die Ausübung einer prinzipiell nicht verbotenen Betätigung von der präventiven Prüfung bestimmter formeller Voraussetzungen abhängig macht, nicht dagegen von einer Genehmigung, die sich als Aufhebung eines repressiven Verbots des objektiven Rechts darstellen würde⁴⁾.

Diese sog. einfache Erlaubnis⁵⁾, die lediglich der "p r ä v e n - t i v e n Kontrolle des Soziallebens durch die zuständige Verwaltungsbehörde" dient⁶⁾, unterscheidet sich von der Beleihung demnach dadurch, daß sie dem Adressaten keine neue Rechtsstellung oder gar eine neue Rechtsmacht einräumt, die dieser nicht schon ohnehin innehat. Die Erlaubnis gewährt kein rechtliches Können zur Wahrnehmung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben, sondern sie stellt lediglich fest, daß die auf Grund des privatrechtlichen Könnens ausgeübte Tätigkeit gesetzmäßig ist; insofern hat sie im Gegensatz zur Beleihung keinen eigenen konstitutiven Inhalt.

2) O. Mayer VR I S. 239 ff.

3) Vgl. etwa G. Jellinek, System S. 110; Kormann, System S. 87 ff., 90 f.; Fleiner, Institutionen S. 405 ff.

4) BVerfG v. 5.8.1966 (E 20, 150/155, 157); Rupp NJW 1966, 2039; Über, Freiheit des Berufs S. 19 f.; vgl. auch R. Thoma VerwArch, Bd. 32, 248; Friauf JUS 1962, 422 ff.; Hans J. Wolff VR I § 48 II a 1, S. 320; Forsthoff VR S. 258; v. Turegg-Kraus VR S. 124; E.R. Huber WiVR I S. 71, 698.

5) Erlaubnisse in diesem Sinne werden vom Gesetzgeber, insb. in der GewO, vielfach "Genehmigung", "Zulassung", "Approbation", "Konzession" (gemeint ist die "unechte") usw. genannt.

6) So die Formulierung von Hans J. Wolff VR I § 48 II a 1, S. 320.

Für die Abgrenzung zur Beleihung kann insoweit auch für die sog. Ausnahmegewilligung (Dispens) nichts anderes gelten. Diese ist zwar scharf von der einfachen Erlaubnis zu trennen; denn die Ausnahmegewilligung durchbricht für einen Einzelfall ein repressives Verbot des objektiven Rechts, durch das der Gesetzgeber unter Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit eine Betätigung untersagt, die er als grundsätzlich sozialschädlich ansieht⁷⁾. Die Aufhebung eines repressiven Verbots durch die Ausnahmegewilligung kann daher auch für den Begünstigten keine Rechtsmacht begründen, kraft derer er Aufgaben und Befugnisse wahrnehmen kann, die ausschließlich dem Staat vorbehalten sind. Vielmehr beinhaltet der Dispens lediglich ein rechtliches "Dürfen", und zwar in dem Sinne, daß die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit, die der Adressat auf Grund seines privatrechtlichen Könnens zwar ausüben k ö n n t e , dies aber wegen des repressiven Verbots n i c h t d u r f t e , nunmehr als rechtmäßig anerkannt und gestattet wird⁸⁾. Weder durch die einfache Erlaubnis noch durch die Ausnahmegewilligung wird daher die privatrechtliche Handlungsfähigkeit eines Privatrechtssubjekts erweitert, wie dies für die Beleihung typisch ist.

II. Beleihung und sog. echte Konzession

Der Begriff der "Konzession" ist im verwaltungsrechtlichen Schrifttum so häufig verwendet wie unklar⁹⁾. Er wird ziemlich wahllos immer dort verwendet, "wenn es sich um die Kennzeichnung jener Verwaltungsakte handelt, durch die etwas genehmigt, erlaubt, verliehen oder übertragen wird"¹⁰⁾, was E. Kaufmann zu der Feststellung veranlaßt hat, daß "unsere 'Konzession' eben überhaupt k e i n

7) Friauf JUS 1962, 423, 425 f.; Hans J. Wolff VR I § 48 II b, S. 322 f.; Forsthoff VR S. 258; v. Turegg-Kraus VR S. 134; E.R. Huber WiVR I S. 71, 698.

8) O. Mayer VR II S. 244; G. Jellinek, System S. 110; Kormann, System S. 87 ff.; 90 f.; Fleiner, Institutionen S. 405 ff.; Merk VR S. 741; zum Problem vgl. auch Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 92 ff.

9) Vgl. insb. Glöggler, Diss. S. 12 ff.; Schlutius, Konzession S. 10 ff.; Gruenhagen, Diss. S. 16 ff.; O. Bühler, Festgabe f. Fleiner S. 37 ff.; Stern AöR Bd. 84, 148 ff.; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 90 meint: "Das Wort Konzession ist zu oft mißbraucht worden, um noch eine klare Verständigung zu ermöglichen".

10) Schlutius, Konzession S. 10.

einheitliches Institut" ist¹¹⁾. Vielfach wird auch die Polizeierlaubnis im Gewerberecht als Konzession verstanden, die man als "unechte" oder "uneigentliche" der "eigentlichen" oder "echten" Konzession gegenüberstellt¹²⁾; nur auf diese letztere muß nach den vorstehenden Ausführungen noch eingegangen werden.

O. Mayer setzt die Konzession mit der Verleihung gleich und führt dazu aus: "Die Verleihung, Konzession, ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts von allgemeiner Bedeutung ... (sie) hat immer zum Inhalt, daß dem, über welchen (sie) ergeht, dem Beliehenen, rechtliche Macht gegeben werden soll über ein Stück öffentliche Verwaltung und die darin erscheinende öffentliche Gewalt". Diese Konzession erscheint nach ihm in zwei Hauptformen, als Verleihung eines öffentlichen Unternehmens und als Verleihung eines besonderen Gebrauchsrechts¹³⁾.

Anknüpfend an die Verleihung eines öffentlichen Unternehmens als Konzession, wird deren Bedeutung im weiteren Schrifttum völlig undurchsichtig. V. Köhler nennt sie "Beleihung", setzt sie ebenfalls mit der "eigentlichen Konzession" gleich und bezeichnet den Adressaten als "öffentlichen Unternehmer"¹⁴⁾. Die Gleichsetzung der Konzession mit der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens wird im Schrifttum geläufig¹⁵⁾. Gelegentlich wird sie von einigen Autoren auch als "Anstaltskonzession"¹⁶⁾ oder als "Polizeiverleihung"¹⁷⁾ gekennzeichnet. Nicht ganz klar ist die Bedeutung bei

11) WBStVR III S. 713.

12) v. Köhler, Grundlehren S. 145; Haustein AöR Bd. 50, 103; Glöggler, Diss. S. 21; vgl. auch vorige Seite Fußn. 8.

13) VR II S. 95.

14) Grundlehren S. 145 f.

15) Fleiner, Institutionen S. 346 f., 381; Kormann, System S. 85 f.; Hatschek VR S. 154; Herrnritt, Grundlehren S. 243; Potschter, Konzession S. 14; Schlutius, Konzession S. 47 f. mit nur geringfügigen Formulierungsänderungen; Haustein AöR Bd. 50, 103; Böttger, Festschrift f. List S. 24; Friedr. List VR S. 70.

16) Reuß, Konzession S. 414 f.; vgl. dazu Schlutius, Konzession S. 15 f., 47 f.

17) Hatschek VR S. 156; Glöggler, Diss. S. 19

W. Jellinek, wenn dieser von der "Beleihung mit einem öffentlichen Unternehmen" spricht und dazu ausführt: "Was eine Konzession zweifelsfrei über die Sphäre des rein Privatrechtlichen erhebt, ist die Ausstattung des Unternehmers mit Hoheitsbefugnissen" ¹⁸⁾. Nach Jerusalem ist unter Konzession im echten Sinne die "zeitweilige Übertragung staatlicher Funktionen durch den Staat oder einen Selbstverwaltungsträger an einen Privaten zur selbständigen Vollziehung" zu verstehen ¹⁹⁾, was dem hier erarbeiteten Begriff der Beleihung sehr nahekommt. Für E.R. Huber sind unter den auf einen beliehenen Unternehmer delegierten Befugnissen die "Privilegien" und die "Konzessionen" von besonderer Bedeutung. Unter "Privileg" versteht er "eine öffentlich-rechtliche Befugnis, kraft deren ein beliehener Unternehmer zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit berechtigt ist, die ihrer Substanz nach durch Regal dem Staat vorbehalten, die aber durch staatlichen Verleihungsakt zur Ausübung auf ein Privatrechtssubjekt übertragen ist"; unter "Konzession" versteht er demgegenüber "eine öffentlich-rechtliche Befugnis, kraft deren ein beliehener Unternehmer berechtigt ist, eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, für die kein Staatsvorbehalt besteht, für die die öffentliche Verwaltung jedoch ein Verleihungsrecht besitzt" ²⁰⁾. Das Privileg und die Konzession stellen sich demnach für ihn anscheinend als eine Unterart der Beleihung dar.

Von "Konzession" spricht man darüber hinaus aber auch im Recht der öffentlichen Sachen. Diese Art von Konzession ist nach übereinstimmender Auffassung als die Verleihung eines besonderen Gebrauchsrechtes an einer öffentlichen Sache zu verstehen, das weder in dem Gemeingebrauch noch in der sog. Gebrauchserlaubnis enthalten ist. Der Konzessionar, vielfach ebenfalls "Beliehener" genannt, erwirbt durch eine derartige "Nutzungsverleihung" das subjektive öffentliche Recht, eine bestimmte öffentliche Sache für seine individuellen Zwecke und zu seinem eigenen Vorteil zu nutzen. Solche "Konzessionen" wurden z.B. für Elektrizitäts-, Gas- und Wasserleitungen, für Straßenbahnschienen und Oberleitungen, für Stauwehre,

18) VR S. 527.

19) Grundriß S. 81.

20) WiVR I S. 548; ebenso Depenbrock, Stellung S. 58; zum Ganzen vgl. Haselau, Freiheit der Straße S. 134 ff.

Fähranstalten, Badeanstalten in öffentlichen Gewässern u.ä. verliehen²¹⁾). Im neueren Recht der öffentlichen Sachen findet der Begriff "Konzession" jedoch kaum noch Verwendung. Nach dem heute geltenden Wasser- und Straßenrecht können vielmehr nur noch zeitlich begrenzte "Bewilligungen"²²⁾ oder "Sondernutzungen"²³⁾ gewährt werden, die dem "Benutzer" während der Dauer ihrer Geltung ein subjektives öffentliches Recht auf die S a c h n u t z u n g einräumen. Man spricht daher auch insofern besser überhaupt nicht mehr von einer "Konzession", sondern von der "Einräumung eines Sondernutzungsrechts"²⁴⁾.

Will man versuchen, die hier skizzierten Meinungen zur "echten Konzession" in ein richtiges Verhältnis zur Beleihung zu setzen, so erscheint es angebracht, von dem Begriff des "öffentlichen Unternehmens" auszugehen, das vornehmlich Gegenstand der sog. echten Konzession sein soll. Betrachtet man dieses von seinen Aufgaben her, so stellt man fest, daß es nach den aufgezeigten Lehren stets solche Tätigkeiten zum Gegenstand hat, deren Wahrnehmung ein besonderes öffentliches Interesse beigemessen wird, z.B. den Betrieb von Eisenbahnen, von Energieversorgungsunternehmen etc.²⁵⁾. Bezüglich derartiger Aufgaben ist aber bereits nachgewiesen worden²⁶⁾, daß keineswegs der Staat deren ursprünglich zuständiger Träger

-
- 21) Vgl. dazu O. Mayer, VR II S. 95 f.; v. Köhler, Grundlehren S. 132; Fleiner, Institutionen S. 379 ff.; Hatschek VR S. 154, 477; W. Jellinek VR S. 511 f.; E.R. Huber WiVR S. 567 f.; v. Turegg-Kraus VR S. 190; Reuß WiVR I S. 34; Maunz in Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- u. VR S. 506; Hans J. Wolff VR I § 48 II b, S. 321; vgl. auch Brand, Diss. S. 5 f.
- 22) § 8 Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (WasserhaushaltsG) v. 27.7.1957 (BGBl. I S. 1110) idF v. 15.8.1967 (BGBl. I S. 909).
- 23) § 8 Bundesfernstraßeng v. 6.8.1961 (BGBl. I S. 1742); § 18 bayStraßen- und WegeG v. 11.7.1958 (GVBl. S. 147); § 10 blnStraßeng v. 11.7.1957 (GVBl. S. 743); § 18 bw Straßeng v. 20.3.1964 (GBl. S. 127); § 19 hmbWegeG v. 4.4.1961 (GVBl. S. 117); § 16 hessStraßeng v. 9.10.1962 (GVBl. S. 437); § 18 ndsStraßeng v. 14.12.1962 (GVBl. S. 251); § 18 nw Straßeng v. 28.11.1961 (GVBl. S. 305); § 41 rhpflandesstraßeng v. 15.2.1963 (GVBl. S. 57); § 21 schlhStraßen- und WegeG v. 22.6.1962 (GVBl. S. 237).
- 24) Vgl. Forsthoff VR S. 366; Hans J. Wolff VR I § 59 III, S. 360 f.; Imboden, Vertrag S. 89 spricht insoweit von "Sondernutzungskonzession".
- 25) Vgl. die Beispiele bei O. Mayer VR II, S. 245 ff.; Fleiner, Institutionen S. 346 ff.; Potschter, Konzession S. 20 ff.; E.R. Huber WiVR I S. 549, 565 ff.; Merk VR S. 743 f.
- 26) Oben § 1 II 4 dieser Arbeit.

und deren spezifisches Zuordnungssubjekt ist, und daß der Private zu dieser Tätigkeit keiner Beleihung bedarf. Wirtschaftliche Tätigkeiten werden nicht dadurch zu spezifisch staatlichen Aufgaben, daß der Staat sich ein "Verleihungsrecht" vorbehält oder die Ausübung durch Private von sonstigen Voraussetzungen abhängig macht. Der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens, daß öffentliche Aufgaben erfüllt, kann vielmehr ohne Beleihung geführt werden.

Zu fragen ist nunmehr, was denn durch die sog. echte Konzession an Private "verliehen" wird und ob materiell überhaupt ein Unterschied zu der einfachen Erlaubnis besteht²⁷⁾. Bei der Klärung dieser Frage ist davon auszugehen, daß der Staat sich selbst die Ausübung einer Reihe auch solcher Tätigkeiten vorbehält, die ihrer Natur nach nicht spezifisch staatlich, sondern privat sind, indem er sie in seiner Hand monopolisiert, z.B. den Betrieb öffentlicher Eisenbahnen²⁸⁾, das Fernmeldewesen²⁹⁾, die Herstellung und den Vertrieb von Branntwein³⁰⁾, die Übernahme und Weiterveräußerung der von deutschen Zündwarenfabriken hergestellten Zündwaren sowie die Ein- und Ausfuhr von Zündwaren³¹⁾, die Vermittlung in Arbeit und in Berufsausbildung sowie die Arbeitslosenversicherung und die Arbeitslosenhilfe³²⁾ u.a.m.³³⁾. Auf die Gründe, die hierfür maß-

- 27) Vgl. Hans J. Wolff VR III § 135 III b 3, S. 110, der die (echte) Konzession als "betriebsbezogene Erlaubnis", als Verleihung bezeichnet, von der er die "Beleihung" ausdrücklich unterscheidet (VR I § 48 II b, S. 321). - Vgl. auch Bühler, Festgabe f. Fleiner S. 43 ff.; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 92; Stern AöR Bd. 84, 171 ff.; Merk VR S. 746 ff.
- 28) Eisenbahnmonopol gem. § 4 II Allgemeines Eisenbahng v. 29.3.1951 (BGBl. I S. 225); vgl. insb. Badura, Verwaltungsmonopol S. 209 ff.; E.R. Huber WiVR I S. 506 ff.
- 29) Fernmeldemonopol gem. Gesetz über Fernmeldeanlagen v. 14.1.1928 (RGBl. I S. 8); vgl. insb. Badura, Verwaltungsmonopol S. 202 ff.; E.R. Huber WiVR I S. 497 ff.
- 30) Branntweinmonopol gem. Gesetz über das Branntweinmonopol v. 8.4.1922 (RGBl. I S. 405); vgl. insb. Badura, Verwaltungsmonopol S. 228 ff.; E.R. Huber WiVR I S. 512 ff.
- 31) Zündwarenmonopol gem. ZündwarenmonopolG v. 19.1.1930 (RGBl. I S. 11); vgl. insb. Badura, Verwaltungsmonopol S. 236 ff.; E.R. Huber WiVR I S. 562 ff.
- 32) Arbeitsvermittlungsmonopol gem. §§ 1, 35 Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung v. 3.4.1957 (BGBl. I S. 321); vgl. Badura, Verwaltungsmonopol S. 141 ff. m.w.N.
- 33) Weitere Beispiele bei Badura, Verwaltungsmonopol S. 111 ff.; E.R. Huber WiVR I S. 534/535; vgl. auch Bachof GR III/1 S. 200 ff.

gebend sind, braucht ebensowenig eingegangen zu werden wie auf die damit zusammenhängenden verfassungsrechtlichen Fragen, insbesondere im Hinblick auf Art. 12 I GG. Die Begründung eines staatlichen Monopols hat aber zwangsläufig zur Folge, daß Privatrechtssubjekte die monopolisierte Tätigkeit nicht ausüben dürfen, obwohl sie nach ihrem rechtlichen Können dazu durchaus in der Lage wären. Ausübungsberechtigter ist auf Grund des Monopols nur noch der Staat; die Handlungsfreiheit des Privaten wird insoweit eingeschränkt, Jedoch kann der Staat unter Durchbrechung des Monopols Privaten im Einzelfall gestatten, eine Tätigkeit auszuüben, die unter ein solches Monopol fällt. Da sich das Monopol aber nicht auf spezifisch staatliche, sondern auf private Betätigungen bezieht, kann eine derartige Gestattung als solche nicht die Übertragung spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen beinhalten. Wenn man gleichwohl insofern von der "Verleihung eines öffentlichen Unternehmens" spricht, durch die auf den Berechtigten "ein Stück öffentlicher Verwaltung" übertragen wird, so ist diese Formulierung mit der Einschränkung zutreffend, daß es sich dabei um ein "Stück" n i c h t h o h e i t l i c h e r Verwaltung handelt. Die Konzession, die Badura daher treffend als "monopoldurchbrechende Gestattung" bezeichnet³⁴⁾, beinhaltet demnach lediglich die Wiederherstellung der Handlungsfreiheit des Privaten auch auf einem Tätigkeitsbereich, der durch die Monopolstellung des Staates Privaten grundsätzlich verschlossen ist³⁵⁾. Diese inhaltliche Bestimmung der (echten) Konzession ermöglicht auch eine klare Abgrenzung sowohl zu der einfachen Erlaubnis wie zu der Beleihung. Im Gegensatz zur Erlaubnis ist die Konzession nicht nur die präventive Kontrolle einer möglichen Äußerung der allgemeinen Handlungsfreiheit; sie ermöglicht diese überhaupt erst im Hinblick auf eine bestimmte Tätigkeit. Im Gegen-

34) Verwaltungsmonopol S. 258.

35) Badura, Verwaltungsmonopol S. 258 f.; Imboden, Vertrag S. 79 f., 175. - Im Ergebnis dürfte diese Auffassung auch mit der von E.R. Huber WiVR I S. 548 zur Konzession und Privilegierung vertretenen übereinstimmen. Unklar bleibt jedoch, aus welchen Gründen eine derartige Gestattung der Wahrnehmung rein wirtschaftlicher Tätigkeiten, die dem Staat entweder durch Regal vorbehalten sind oder für die er ein Verleihungsrecht hat, für den Privaten zwangsläufig auch die Übertragung "hoheitlicher Befugnisse" beinhalten soll und die Konzession bzw. die Privilegierung mit der Beleihung insofern zu identifizieren ist.

satz zur Erlaubnis ist die Konzession nicht nur die präventive Kontrolle einer möglichen Äußerung der allgemeinen Handlungsfreiheit; sie ermöglicht diese überhaupt erst im Hinblick auf eine bestimmte Tätigkeit. Im Gegensatz zur Beleihung wird jedoch durch die Konzession das rechtliche Können des Adressaten nicht über die privatrechtliche Handlungsfähigkeit hinaus erweitert. Gegenstand der Konzession ist ausschließlich eine private, wenngleich monopolisierte Tätigkeit; Gegenstand der Beleihung dagegen ist eine bestimmte spezifisch staatliche Verwaltungstätigkeit³⁶⁾.

III. Beleihung und staatliche Indienstnahme Privater

Abzugrenzen ist das Rechtsinstitut der Beleihung weiterhin von der Indienstnahme Privater zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, auf die im Anschluß an E. Kaufmann³⁷⁾ in neuerer Zeit H.P. Ipsen hingewiesen hat³⁸⁾. Ihre Besonderheit besteht in der Abwälzung öffentlicher Verwaltungsaufgaben auf private Leistungsträger³⁹⁾.

In Ermangelung oder zur Schonung verwaltungseigener Mittel nimmt der Staat die persönlichen oder sachlichen Kräfte Privater in Anspruch, um durch sie bestimmte Aufgaben erledigen zu lassen. Zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben hat der in Dienst genommene Private nicht nur einzelne Betriebsmittel, sondern nötigenfalls auch den Gesamtzusammenhang seiner Betriebsführung einzusetzen⁴⁰⁾.

36) Ein staatliches Monopol besteht auch für die F e u e r b e - s t a t t u n g (vgl. § 8 des Gesetzes über die Feuerbestattung v. 15.5.1934 (RGBl. I S. 380)) und für die T i e r - k ö r p e r b e s e i t i g u n g (vgl. § 5 des Tierkörperbeseitigungsg v. 1.2.1939 (RGBl. I S. 187)). Sofern Privatpersonen eine dieser Aufgaben übertragen wird, liegt also lediglich eine (echte) Konzession, nicht dagegen eine Beleihung vor; ebenso Badura, Verwaltungsmonopol S. 119; aA. für die Feuerbestattungsvereine: Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364; Frantzen, Diss. S. 27; Brand, Diss. S. 57; Laforet VR S. 63; aA. auch für Privatunternehmer bei der Tierkörperbeseitigung: Lüke DÖV 1955, 433; Frantzen, Diss. a.a.O..

37) WBStVR III S. 712.

38) Festschrift f. E. Kaufmann S. 141 ff..

39) H.P. Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 141; ders. AöR Bd. 90, 417 ff.; vgl. auch Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 30 f.; Forsthoff VR S. 172 spricht von der "Überbürdung von Verwaltungsobliegenheiten auf Private".

40) H.P. Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 150.

Nach H.P. Ipsen sollen zu diesem Rechtsinstitut nur die Fälle "gesetzlicher" Indienstnahme gehören, nicht hingegen solche, in denen die Dienste des Einzelnen "auf gesetzlicher Grundlage durch Verwaltungsakt" in Anspruch genommen werden⁴¹⁾. Zahlreiche Sach- und Dienstleistungspflichten, so meint er, entstünden zwar regelmäßig unmittelbar ex lege, aber die zu ihrer Konkretisierung noch erforderlichen Verwaltungsakte hätten gleichwohl ein "konstitutives Element" zum Inhalt, da die bestehende gesetzliche Pflicht erst durch pflichtauslösenden Verwaltungsakt konkretisiert und aktualisiert werde. Die Indienstnahme indes bedürfe einer solchen Konkretisierung nicht mehr. Die Pflicht zur Erledigung von Verwaltungsaufgaben werde unmittelbar mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes in der Person des Indienstgenommenen begründet und aktualisiert⁴²⁾.

Diese Unterscheidung zwischen Indienstnahme durch Gesetz und Verwaltungsakt ist indes durch nichts gerechtfertigt, zumal die Interessenlage in beiden Fällen dieselbe ist⁴³⁾. Auch läßt sich den Ausführungen Ipsens eine überzeugende Begründung für den Zweck dieser Unterscheidung nicht entnehmen. Zwar werden bestimmte Dienst- und Leistungspflichten durch Gesetze selbst und unmittelbar geschaffen, andere dagegen erst in concreto durch Verwaltungsakt ausgelöst; "immer aber liegt ein Rechtssetzungsakt vor, der die Pflicht entweder selbst auferlegt oder doch ihre Auferlegung legitimiert"⁴⁴⁾. Die dadurch auftretenden Probleme der Rechtsbeziehungen Staat-Privater, Privater-Dritter, Dritter-Staat bleiben von der Rechtsnatur des Verpflichtungsaktes fast unberührt. Es empfiehlt sich daher, schlechthin von der s t a a t l i c h e n Indienstnahme zu sprechen, möge sie durch Gesetz oder Verwaltungsakt erfolgen.

Die Indienstnahme kann zum einen darin bestehen, daß die Wirtschaftstätigkeit eines Unternehmens dauern oder nur vorübergehend,

41) a.a.O., S. 143 f.; Drews-Wacke, Polizeirecht S. 490 ; auch Über, Festschrift f. Schack, S. 170.

42) a.a.O. S. 144.

43) Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 31 lehnt diese Unterscheidung ebenfalls ab.

44) Werner Weber, Dienst- und Leistungspflichten S. 121.

teilweise oder weitgehend in den Dienst eines öffentlichen Zwecks gestellt wird⁴⁵⁾. Insofern ist beispielsweise hinzuweisen auf die kurzfristige Inanspruchnahme der Kreditinstitute für den Geldumtausch gelegentlich der Währungsreform⁴⁶⁾ und für die Wertpapierbereinigung⁴⁷⁾ sowie auf die ständige Verpflichtung der Energieversorgungsunternehmen, jedermann an das Versorgungsnetz anzuschließen⁴⁸⁾, und die allgemeine Beförderungspflicht von Personenbeförderungsunternehmen⁴⁹⁾. Zum anderen kann die Indienstnahme zum Inhalt haben, daß einem privaten Unternehmer zusätzliche unternehmensfremde Aufgaben übertragen werden, die aber mit seiner eigentlichen Tätigkeit in irgendeinem konkreten Zusammenhang stehen, z.B. die Pflicht des Arbeitgebers zur Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer⁵⁰⁾ und der Beiträge zur Sozialversicherung⁵¹⁾ der Arbeitnehmer; die Einbehaltung und die Entrichtung der Kapitalertragsteuer

-
- 45) Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 30 f.; H.P. Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 145; Forsthoff VR S. 344 spricht insoweit treffend von der "Indienststellung einer sozialen Einheit als Ganzes", die dann vorliegt, "wenn einzelne oder auch nach generellen Merkmalen bestimmte Arten von Unternehmungen durch Festsetzung konkreter Leistungspflichten in den Dienst der Daseinsvorsorge gestellt und insoweit einer besonderen Verantwortung gegenüber der Verwaltung unterworfen werden"; zustimmend Ballerstedt DÖV 1951, 450; Hans J. Wolff VR III § 137 III g 1, S. 131 nennt dies "Inpflichtnahme einzelner Wirtschaftszweige oder Unternehmen". - Nichts anderes meint Sigloch, Unternehmungen S. 26, wenn er von den "gemischt-rechtlichen Unternehmen" spricht, d.h. "solchen Unternehmen, die von einer privatrechtlichen Person betrieben werden, die (aber) dem Staat öffentlich-rechtlich zur Zweckverfolgung verpflichtet sind".
- 46) Gem. §§ 12, 13 des Ersten Gesetzes zur Neuordnung des Geldwesens v. 18.6.1948 (WiGBL. Beilage 5); H.P. Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 147 f.; Göppel, Diss. S. 104.
- 47) Gem. Wertpapierbereinigungsg v. 19.8.1949 (WiGBL. S. 295); ebenso H.P. Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 147, 148 f.; Göppel, Diss. S. 104; aA. Greß SRV 1967, 125 (Beleihung). - Vgl. dazu Roemer SJZ 1949, 602 ff..
- 48) Gem. § 6 Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsg) v. 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451).
- 49) Gem. § 22 PbefG.
- 50) Gem. §§ 38, 41 Einkommensteuerg idF v. 27.2.1968 (BGBl. I S. 145) iVm der Lohnsteuer-DVO v. 12.1.1968 (BGBl. I S. 61); ebenso H.P. Ipsen a.a.O. S. 145 f.; Göppel, Diss. S. 76, 104.
- 51) Gem. §§ 393 ff. Reichsversicherungsordnung v. 1911 idF v. 15.12.1924 (RGBl. I S. 779) - m.Änd.; ebenso H.P. Ipsen a.a.O. S. 147; Göppel, Diss. S. 104; Gause, Diss. S. 87 ff..

und der Börsenumsatzsteuer durch den Schuldner der Kapitalbeträge⁵²⁾ bzw. den Händler⁵³⁾; die Entrichtung der Versicherungssteuer durch den Versicherungsunternehmer⁵⁴⁾; die Verpflichtung der Bauunternehmer zur Abgrenzung und Kennzeichnung von Arbeitsstellen sowie zur Kennzeichnung von gesperrten Straßen und Umleitungen⁵⁵⁾; die Bevorratungsverpflichtung privater Unternehmer der Mineralölwirtschaft⁵⁶⁾; die Heranziehung von Privatpersonen durch Gerichte als Sachverständige zwecks Erstattung eines Gutachtens⁵⁷⁾; die Heranziehung anerkannter Marktverbände zur Vorbereitung und technischen Ausführung ernährungswirtschaftlicher Aufgaben⁵⁸⁾. Schließlich kann die In-

- 52) Gem. § 45 III 1 Einkommensteuerg. (s. FuBn. 50) iVm § 5 I 1 Kapitalertragssteuer-DVO idF v. 8.8.1966 (BGBl. I S. 472); ebenso Gause, Diss. S. 87 ff.; vgl. auch BVerfG v. 29.11.1967 (DÖV 1968, 127 f.).
- 53) Gem. §§ 17 ff. KapitalverkehrssteuerG idF v. 24.7.1959 (BGBl. I S. 530) - m. Änd. - iVm §§ 24 f. Kapitalverkehrssteuer-DVO idF v. 20.4.1960 (BGBl. I S. 244).
- 54) Gem. § 7 VersicherungssteuerG idF v. 24.7.1959 (BGBl. I S. 540) iVm §§ 6 ff. Versicherungssteuer-DVO idF v. 29.4.1960 (BGBl. I S. 279); ebenso H.P. Ipsen a.a.O., S. 145, 146 f.; Göppel, Diss. S. 104.
- 55) Gem. § 3 III a 1 u. 2 (2. Halbsatz) Straßenverkehrsordnung - StVO - idF der Bekanntmachung v. 29.3.1956 (BGBl. I S. 327); ebenso Drews-Wacke, Polizeirecht S. 490; vgl. dazu Hohenester DAR 1961, 190 ff.; ders. DAR 1961, 303; ders. NJW 1961, 1613 ff.; ders. BB 1962, 237 f. - Siehe aber auch unten § 3 Ziff. VIII
- 56) Vgl. Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1217); dazu H.P. Ipsen AöR Bd. 90, 393 ff., insb. 417 ff.; Göppel, Diss. S. 104.
- 57) Gem. §§ 407 f. ZPO, § 75 StPO.
- 58) Vgl. § 14 Milch- u. FettG v. 28.2.1951 (BGBl. I S. 135) - m. Änd.; §§ 19, 20 Vieh- u. FleischG v. 25.4.1951 (BGBl. I S. 272); § 7 ZuckerG v. 5.1.1951 (BGBl. I S. 47) - m. Änd.; § 7 FischG v. 31.8.1955 (BGBl. I S. 567). - In diesem Sinne auch Flotow-Lüdemann, Milch- u. Fettwirtschaftsrecht D I 1 § 14 MFG Anm. IV, S. 68 f.; Eichert-Wiersdorff, ZuckerG Anm. zu § 7, S. 17 f. - AA. (freilich jeweils ohne nähere Begründung) Rinck, Wirtschaftsrecht Rdn. 1099, nach dem sie "ohne Zweifel" Beliehene sind; nach Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 67 sind sie "mit die bedeutsamste Erscheinung des beliehenden Unternehmers"; ebenso Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364; E.R. Huber WiVR I S. 257 f., 266, 279 f.; Conradi, Diss. S. 32. - Für die Qualifizierung allein der Verbände nach § 14 Milch- u. FettG als Beliehene sprechen sich aus: Reuß-Kunze WiVR I § 14 Milch- u. FettG Anm. I, S. 889; Hamann, Kommentar z. Milch- u. FettG § 14 Anm. B 2 ff.; Werner Weber, Rechtsfragen S. 41; Köttgen JöR Bd. 3, 114; wohl auch BGH v. 5.7.1957 (NJW 1957, 1597 ff.) - Vgl. zu dieser Frage unten S. 83 FuBn. 61.

dienstnahme darin bestehen, daß von einer Privatperson zur Erreichung eines öffentlichen Zwecks ein bestimmtes Tun oder Unterlassen gefordert wird, z.B. bei der Heranziehung eines unbeteiligten Dritten zur Behebung eines polizeilichen Notstandes⁵⁹⁾, die als wichtigstes Beispiel der Indienstnahme Privater durch Verwaltungsakt zu nennen ist.

Zu erörtern ist nunmehr, wodurch sich diese staatliche Indienstnahme Privater von der Beleihung unterscheidet. Beide Institute sind offenbar nach dem Zweck wie dem Vorgang durchaus vergleichbar. Denn in beiden Fällen setzt der Staat Personen des Privatrechts zur Erfüllung bestimmter Aufgaben ein, die letztlich von ihm selbst wahrzunehmen wären. In beiden Fällen behält der Private seine Rechtsstellung als Zivilrechtssubjekt. Ein grundlegender Unterschied besteht jedoch in der Art der Aufgaben, zu deren Wahrnehmung Private durch die Indienstnahme und die Beleihung herangezogen werden. Überprüft man nämlich die oben angeführten Beispiele staatlicher Indienstnahme im Hinblick auf das Kriterium der Beleihung, die Wahrnehmung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben und -befugnisse, so wird deutlich, daß die staatliche Indienstnahme lediglich solche Tätigkeiten zum Gegenstand hat, die nicht nur der Staat, sondern auch der Private ausüben kann. Für die Personenbeförderung, die Gutachtertätigkeit, die Versorgung mit Wasser, Strom und Gas ist dies offenkundig und wurde bereits weiter oben (§ 1 II 4) dargelegt. Die gleiche Beurteilung gilt aber ebenso für die Tätigkeit Privater bei dem Steuerabzugsverfahren, der Aufstellung von Verkehrszeichen sowie dem Geldumtausch. Hier handelt es sich ebensowenig um die Wahrnehmung spezifisch staatlicher Aufgaben selbst, sondern nur um ihre technische Durchführung. Die insofern von den herangezogenen Privaten geforderten Einzelhandlungen sind auch als solche, von ihrem sachlichen Zusammenhang abstrahiert, reine Tathandlungen (z.B. das konkrete Aufstellen eines Verkehrsschildes; das Umtauschen von Alt- gegen Neugeld) oder sogar nur technische Vorgänge (z.B. reine Buchungsvorgänge beim Lohnsteuerabzugsverfahren u.ä.), die nicht spezifisch staatlicher Natur, sondern rechtlich neutral

59) Vgl. § 19 nw OrdnungsbehördenG v. 16.10.1956 (GS.NW S. 155); § 21 nwPolizeiiverwaltungsG v. 27.11.1953 (GS.NW S. 163); vgl. dazu Drews-Wacke, Polizeirecht S. 247 ff.; Hans J. Wolff VR III § 127 II a, S. 63 f.

sind⁶⁰⁾. Infolgedessen wird dem Indienstgenommenen auch nur eine besondere zweckgerichtete Pflicht auferlegt, ihm aber kein besonderes rechtliches Können verliehen, das seine privatrechtliche Handlungsfähigkeit erweitern würde. Demgegenüber nimmt der Beliehene spezifisch staatliche Verwaltungsaufgaben und -befugnisse selbst wahr, und zwar im eigenen Namen und in eigener Trägerschaft, was nach den obigen Ausführungen zum Beleihungsbegriff zwangsläufig die Einräumung einer besonderen Rechtsmacht beinhaltet, die der allgemeinen privatrechtlichen Handlungsfähigkeit überlegen ist. Indienstnahme und Beleihung unterscheiden sich demnach wesentlich dadurch, daß für die betroffenen Privatrechtssubjekte durch diese auch eine öffentlich-rechtliche B e r e c h t i g u n g, durch jene allein eine öffentlich-rechtliche V e r p f l i c h t u n g begründet wird⁶¹⁾.

Dieses Ergebnis entspricht im wesentlichen auch den Folgerungen, die Gause aus seiner Untersuchung über die "öffentliche Indienststellung Privater" zieht (62). Er versteht unter der "öffentlichen Indienststellung Privater", die er auch als "öffentliche Inanspruchnahme Privater" bezeichnet (63), "einen Sachverhalt, der darin besteht, daß private Rechtsträger von einem öffentlichen 'in Dienst' gestellt werden" (64). Dabei unterscheidet er im Hinblick auf die

60) Vgl. bereits oben § 1 III dieser Arbeit.

61) In diesem Sinne auch H.P. Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 151. - Sein Hinweis, die gesetzliche Indienstnahme sei "weder vertraglich noch konzessionär begründet, so daß aus diesem Grunde (sic!) auch das Bild des 'beliehenen Unternehmers' den gesetzlich Indienstgenommenen nicht zutreffend kennzeichnet", bleibt allerdings unverständlich, da die Begriffe nicht erläutert werden. - Die hier dargelegte Abgrenzung macht zugleich auch deutlich, daß es sich bei der Heranziehung anerkannter M a r k t v e r b ä n d e auf ernährungswirtschaftlichem Gebiet (vgl. oben, S. 81, insb. Fußn. 58) nur um eine staatliche Indienstnahme, nicht dagegen um eine Beleihung handelt. Eine andere Beurteilung läßt sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Zunächst ist in den einschlägigen Bestimmungen übereinstimmend angeordnet, daß hoheitliche Aufgaben auf die Marktverbände nicht übertragen werden dürfen. Darüber hinaus ergibt sich aus den Bestimmungen aber auch, daß den Verbänden lediglich beratende, vermittelnde und vorbereitende Aufgaben, Berechnungen von Ausgleichsabgaben u.ä. zugewiesen sind, alles Tätigkeiten, die von ihrer Natur her nicht spezifisch staatlich sind, mithin zu ihrer Wahrnehmung eine Beleihung nicht erforderlich ist; eine derartige Aufgabenerfüllung ist ihnen gerade verwehrt; vgl. Greß SRV 1967, 126.

62) Gause, Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation.

63) a.a.O., S. 9, 49.

64) a.a.O., S. 16.

Kompetenzen, zu deren Wahrnehmung Private in Dienst gestellt werden, drei Gruppen: (I) die Indienststellung zur Wahrnehmung privater Kompetenzen (65), (II) die Indienststellung zur Wahrnehmung öffentlicher, nichthoheitlicher Kompetenzen (66) und schließlich (III) die Indienststellung zur Wahrnehmung hoheitlicher Kompetenzen (67). Trotz der unterschiedlichen Terminologie decken sich die beiden erstgenannten Fälle mit jenen Tätigkeiten der Verwaltung, die wegen der privatrechtlichen Handlungsform von jedermann ausgeübt werden können (68) und in dieser Untersuchung als "private" bezeichnet werden (69); sie haben demzufolge als Beleihungsgegenstand auszuscheiden. Bei der Indienststellung zur Wahrnehmung hoheitlicher Kompetenzen unterscheidet Gause die "Beleihung" und die "Inpflichtnahme" (70). Gemeinsam soll beiden sein, daß Privatrechtssubjekte im Rahmen der Wahrnehmung hoheitlicher Kompetenzen ("spezifisch staatlicher Aufgaben" im Sinne der hier verwendeten Terminologie) eingeschaltet werden; Beleihung und Inpflichtnahme stellen nach Gause den Privaten in denselben spezifisch staatlichen Kompetenzbereich. Während jedoch dem Beliehenen die besondere Rechtsmacht eingeräumt werde, selbst Aufgaben und Befugnisse der spezifisch staatlichen Verwaltung wahrzunehmen, und er insoweit selbständiger Rechtsträger hoheitlicher Kompetenzen werde, beinhalte die Inpflichtnahme für den Privaten kein derartiges rechtliches Können, das der privatrechtlichen Handlungsfähigkeit überlegen wäre, sondern begründe auch insofern für ihn lediglich eine besondere öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung ausschließlich im Rahmen des privatrechtlichen Könnens, mache ihn also nicht zu einem selbständigen Rechtsträger irgendwelcher hoheitlicher Kompetenzen (71). Als besonders typischer Fall dieser sog. Inpflichtnahme nennt und behandelt Gause ebenfalls die Pflichten Privater im steuerlichen Abzugsverfahren (72).

Eine weitere Vertiefung der Problematik der Indienstnahme braucht indessen hier nicht stattzufinden. Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Fälle staatlicher Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben für die weitere Betrachtung der Beleihung auszuscheiden haben⁷³⁾.

65) Gause a.a.O. S. 49 f..

66) a.a.O. S. 50 f.

67) a.a.O. S. 52 ff.

68) a.a.O. S. 25.

69) Vgl. oben § 1 II 3 c, S. 26.

70) a.a.O. S. 52 ff., 60 ff.

71) a.a.O. insb. S. 53, 61.

72) a.a.O. S. 87 ff.

73) Weder staatlich in Dienst genommene Private noch Beliehene (so aber Spahn, Einschaltung S. 17 f.) sind daher die Kreditinstitute bei der Gewährung von Eingliederungsdarlehen gem. §§ 251 ff. Lastenausgleichsgesetz (LAG). Eine Beleihung kommt nicht in Betracht, da spezifisch staatliche Verwaltungsaufgaben nicht auf sie übertragen werden. Eine Indienstnahme scheidet aus, da das

IV. Beleihung und staatlich gebundener Beruf

Die Beleihung ist weiterhin vom sog. staatlich gebundenen Beruf abzugrenzen. Dieser Begriff geht auf Triepel zurück⁷⁴⁾ und wird heute allgemein verwendet⁷⁵⁾. Man versteht darunter Berufe, die "frei und doch gebunden sind. Frei, insofern sie, jedem Befähigten zugänglich, ohne äußeren Zwang dienstlicher Anweisungen ausgeübt werden können; gebunden, weil der Staat ihre Träger zur gewissenhaften Berufsausübung anhält"⁷⁶⁾. Wegen der Eigenart der Beziehungen zwischen dem Staat und den Trägern staatlich gebundener Berufe nennt Triepel sie "Halbbeamte", da sie sich besonders dadurch auszeichnen, daß sie "ohne Beamte zu sein oder ein Amt zu haben, kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts dem Staat oder einem Selbstverwaltungsträger für die Ausübung ihres Berufes verantwortlich sind"⁷⁷⁾.

Als derart staatlich gebundene Berufe versteht man danach heute wegen einer solchen besonderen Pflichtenstellung namentlich die

LAG keine Verpflichtung der Kreditinstitute zur Mitwirkung ausspricht und auch keine Ermächtigungsgrundlage zur Inanspruchnahme durch Verwaltungsakt enthält. Vielmehr beruht deren Mitwirkung auf freiwilliger Eigenverpflichtung durch (öffentlich-rechtlichen) Vertrag mit der Ausgleichsbehörde; vgl. Nr. A 1 der Bestimmung für die Einschaltung der Kreditinstitute v. 22.11.1958 - abgedruckt bei Spahn a.a.O. S. 99 -: "Das Kreditinstitut erklärt ... seine Bereitwilligkeit, das Darlehn ... treuhänderisch zu verwalten." Das Gesagte gilt gleichermaßen für V e r t r a g s l i e f e r a n t e n der V e r s o r g u n g s ä m t e r sowie für privat betriebene M ü l l a b f u h r u n t e r n e h m e n bei gemündlich festgesetztem Anschluß- und Benutzungszwang. Der Umstand, daß Dritte verpflichtet werden, deren Leistungen in Anspruch zu nehmen, gewinnt keine Bedeutung für ihre Qualifizierung als Beliehene oder staatlich Indienstgenommene.

- 74) Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf S. 1 ff., 18.
- 75) Vgl. etwa Merk VR S. 763 ff.; Badura, Verwaltungsmonopol S. 253 ff.; Bachof GR III/1 S. 183 ff.; E.R. Huber WiVR I S. 768 f.; Werner DVBl. 1955, 562 ff.; Leisner AöR Bd. 93, 197 ff.; Schmidt/Bleibtreu-Klein GG Art. 12 Rdn. 8; Hamann GG Art. 12 Anm. B 2 b; Leibholz-Rinck GG Art. 12 Rdn. 4; in der Rechtsprechung z.B. BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/398); v. 2.4.1963 (E 16, 4/44); BVerwG v. 24.1.1957 (E 4, 250/254).
- 76) Triepel a.a.O. S. 82; ähnlich Badura a.a.O. S. 254; Werner DVBl. 1955, 563 l.Sp.; Bachof GR III/1 S. 184.
- 77) a.a.O. S. 19, 66 f.; vgl. auch Merk VR S. 764; H. Reuß NJW 1955, 1532 f.; Badura a.a.O. S. 254.

Berufe des Rechtsanwaltes, Arztes, Apothekers, der Hebamme, des Privatdozenten, des Wirtschafts- und Steuerprüfers, Steuerberaters und Helfers in Steuersachen, des Versteigerers, Kursmaklers, Lotsen und des Bezirksschornsteinfegermeisters im Rahmen der Kehraufgaben⁷⁸⁾ sowie die gemäß § 36 GewO beedigten und öffentlich bestellten Gewerbetreibenden⁷⁹⁾.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem staatlich gebundenen Beruf und der Beleihung liegt ebenso wie bei der zuvor erörterten Abgrenzung von staatlicher Indienstnahme und Beleihung darin, daß für den Träger eines derartigen Berufs keine Rechtsstellung begründet wird, die der Beleihung vergleichbar wäre. Denn auch der staatlich gebundene Beruf ist in erster Linie ein "Beruf" iSd Art. 12 GG und bestimmt daher ebenfalls "die wirtschaftliche Existenz des einzelnen"⁸⁰⁾ und seiner Lebensmöglichkeit überhaupt. Von einer Entfaltung in einem "Beruf" kann aber nur dort gesprochen werden, wo der einzelne diese Position "durch eigene Initiative selbst schaffen kann"⁸¹⁾, m.a.W. wo er kraft des ihm von der Rechtsordnung schlechthin gegebenen privatrechtlichen Könnens tätig werden kann und nicht nur auf Grund der ausdrücklichen Verleihung eines besonderen (spezifisch staatlichen) rechtlichen Könnens, wie dies für die Beleihung typisch ist⁸²⁾. Von anderen Berufen unterscheiden sich die staatlich gebundenen Berufe jedoch dadurch, daß sie sich nicht ausschließlich in der Verfolgung privater Interessen erschöpfen, sondern darüber hinaus unmittelbar öffentlichen Interessen und Zwecken, z.B. dem Gesundheitswesen, der Rechtspflege usw., dienen. Wegen der sozialen Bedeutung und Notwendigkeit dieser Berufe sind ihre Träger daher der staatlichen Gemeinschaft für deren verantwortungsvolle Ausübung besonders verpflichtet. Insofern steht

78) Zu der Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters im Rahmen der Feuerstättenschau vgl. unten § 3 IV, S.101 ff.

79) Merk VR S. 764 f.; Badura, Verwaltungsmonopol S. 118, 128, 254; E.R. Huber WiVR I S. 769; Bachof GR III/1 S.184 f.; alle m.w.N.

80) Über, Freiheit des Berufs S. 89; vgl. auch oben § 1 II 4 b dieser Arbeit.

81) BVerfG v. 5.5.1964 (E 17, 371/380).

82) Die Ausübung beliebiger Funktionen ist demnach kein "Beruf" iSd Art. 12 GG. Diese Frage wird an anderer Stelle (unten § 7 I) noch näher zu erörtern sein.

der staatlich gebundene Beruf der staatlichen Indienstnahme näher, jedoch wird hier jeweils nur für den einzelnen Indienstgenommenen eine bestimmte öffentlich-rechtliche Verpflichtung begründet, während dort dem Beruf seiner Gesamtstruktur nach die öffentlich-rechtliche Pfllichtigkeit immanent ist⁸³⁾. Im Unterschied zur Beleihung wird indes - wie dargelegt - in keinem der beiden Fälle die privatrechtliche Handlungsfähigkeit erweitert, sondern die Privatrechtssubjekte werden ausschließlich kraft ihres privatrechtlichen Könnens tätig.

V. Beleihung und Beamtenverhältnis

Zu unterscheiden und abzugrenzen ist die Beleihung auch von der Funktion des Beamten (im staatsrechtlichen Sinne). Der Unterschied wird im Schrifttum zutreffend, zumeist aber ohne nähere Begründung, darin gesehen, daß der Beamte als Organwalter des Staates die ihm zur Wahrnehmung öffentlicher Gewalt eingeräumte Zuständigkeit in dessen, mithin im fremden Namen ausübt, der Beliehene dagegen die auf ihn übertragenen staatlichen Verwaltungsfunktionen im eigenen Namen und zu eigenem Recht wahrnimmt⁸⁴⁾.

Der Grund dafür ist in der grundlegend verschiedenen organisationsrechtlichen Stellung des Beamten und des Beliehenen zu suchen. Die Verwaltung des Staates sowie jeder anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts braucht Organe, weil sie nur durch diese handeln und dadurch ihre Zwecke erfüllen kann. Das Organ, "ein durch organisatorische Rechtssätze oder ermächtigten Einzelakt gebildetes eigenständiges, institutionelles Subjekt von Zuständigkeiten zur transitorischen Wahrnehmung von Eigenzuständigkeiten einer Juristischen Person"⁸⁵⁾, kann aber nur dann aktuell wirksam werden, wenn es Menschen gibt, welche diese Zuständigkeiten versehen und wahrnehmen, die Organwalter, Rechte und Pflichten des Organwalters verbinden diesen mit dem Organ derart, daß dieser mit

83) Badura, Verwaltungsmonopol S. 254, ins. Fußn. 73.

84) O. Mayer VR II S. 243; Kormann, System S. 17; W. Jellinek VR S. 526; Jerusalem, Grundriß S. 81; Hans J. Wolff VR II § 104 I e 7, S. 365; Merk VR S. 739.

85) Hans J. Wolff VR II § 74 I f, S. 43.

dem hier institutionell zusammengefaßten Können, Dürfen und Sollen versehen ist und es wahrnimmt⁸⁶⁾. Das bedeutet, daß die Organwalter rechtstechnisch nur "Durchgangssubjekt" der subjektiven Zurechnung ihres Verhaltens sind, die über das Organ zur Juristischen Person, dem Staat, durchgreift⁸⁷⁾.

Diese Erkenntnis hat Hans Gerber zu der Feststellung veranlaßt, der Beamte sei, gerade weil und solange er sich im Dienstverhältnis befinde, selbst der Staat⁸⁸⁾. Mag dies auch wegen der heute unbestrittenen Rechtssubjektivität des Staates und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht haltbar sein, so veranschaulicht diese überspitzte Formulierung doch sehr klar den Unterschied zur Beleihung: Die natürliche Person erlangt als Beamter lediglich die Wahrnehmungszuständigkeit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Kompetenzen für den Staat. Das Amt ist, da institutionell, von der Individualität des Walters und dessen Wechsel völlig unabhängig; in der natürlichen Person als Beamter handelt der Staat. Durch die Beleihung erwirbt der Private dagegen unmittelbare Wahrnehmungseigenzuständigkeit bestimmter staatlicher Verwaltungskompetenzen, die er deshalb auch zu eigenem Recht und in eigenem Namen ausüben kann und die folglich auch auf das engste mit der Person des Belehenden verknüpft sind⁸⁹⁾.

VI. Beleihung und Übertragung spezifisch staatlicher Aufgaben auf öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften

Die Beleihung ist schließlich zu unterscheiden und abzugrenzen von der Übertragung spezifisch staatlicher Aufgaben auf einen öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörper (z.B. Gemeinden). Im Gegensatz zu den Beamten üben zwar in beiden Fällen vom Staat

86) Hans J. Wolff, Organschaft II S. 233.

87) Hans J. Wolff, Organschaft II S. 235, 261; ders. VR II § 74 IV b 1, S. 52 f. - Diese Problematik wird unten § 4 noch weiter vertieft werden.

88) AöR Bd. 57, 1 ff.

89) Terrahe, Diss. S. 113 ff.

verschiedene Rechtssubjekte diese Aufgaben in eigenem Namen aus. Ferner gleicht die Ausübung spezifisch staatlicher Aufgaben durch eine öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft der Beliehung auch insofern, als für diese ebenso wie für die meisten Beliehenen die spezifisch s t a a t l i c h e Aufgabe nur eine "äußerliche Zutat" zu ihren eigentlichen Aufgaben, den spezifischen S e l b s t v e r w a l t u n g s a u f g a b e n ist⁹⁰⁾, z.B. die Übertragung von Polizeigewalt auf Kommunalbehörden. Der Beliehene und die öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft bei der Wahrnehmung spezifisch staatlicher Aufgaben unterscheiden sich aber wesentlich durch die verschiedene Rechtssubjektivität. Der Beliehene ist trotz der Ausübung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben in eigener Trägerschaft P r i v a t r e c h t s s u b j e k t⁹¹⁾, die öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft ist demgegenüber kraft Gesetzes ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e s R e c h t s s u b j e k t⁹²⁾.

90) Zum Verhältnis der beliehenen und der eigenen Tätigkeit vgl. oben § 1 II 2, S. 14 f.; zur öffentlich-rechtlichen Autonomie vgl. die Ausführungen oben § 1 II 5 b aa (3), S. 39 ff.

91) Vgl. oben § 1 II 1, S. 13 f.

92) Zu dieser Frage vgl. auch O. Mayer VR II S. 243; Holling, Verwaltung Teil A 4 g; Potschter, Konzession S. 17; Jerusalem, Grundriß S. 81; W. Jellinek VR S. 526, 529; Hans J. Wolff, VR II § 104 I d, S. 365; Obermayer, Verwaltungsakt S. 147; Merk VR S. 740.

§ 3. Vorkommen der Beleihung nach geltendem Recht

Nachdem Begriff und Wesen der Beleihung geklärt sind und die notwendige Abgrenzung zu ähnlichen Rechtsinstituten erfolgt ist, gilt es nun, ihr Vorkommen nach geltendem Recht aufzuzeigen. Unter Hervorhebung der für ihre Qualifizierung als Beleihung wesentlichen Kriterien sollen die einzelnen Fälle erörtert werden. Dies ist m.E. um so notwendiger, als eine derartige Darstellung der konkreten Beleihungsgrundlagen verschiedener Fälle - soweit ersichtlich - bisher nicht unternommen wurde, vielmehr insoweit nahezu ausnahmslos auf die Darstellung bei E.R. Huber¹⁾ verwiesen wird, bei dessen Beispielen es sich aber - wie die nähere Nachprüfung ergibt - zum größten Teil gar nicht um echte Beleihungsfälle handelt. Dasselbe gilt für die "Bestandsaufnahme" bei Frantzen²⁾ und Schweikert³⁾. Aus dieser Erörterung haben dabei alle Fälle privater Betätigung auszuscheiden, denen nicht eine Beleihung, sondern lediglich eine Erlaubnis oder eine echte Konzession zugrunde liegt, oder die sich nur als eine staatliche Indienstnahme oder als staatlich gebundene Berufe darstellen⁴⁾. Angesichts der kaum noch übersehbaren Fülle von Rechtsvorschriften ist freilich ein lückenloser Nachweis aller Beleihungsfälle nach geltendem Recht nicht möglich. Im Hinblick auf die hier gegebene Begriffsbestimmung des Beliehenen dürfte indessen die Qualifizierung auch der hier nicht näher erörterten Fälle nicht allzu problematisch erscheinen.

I. Fleischbeschautierärzte, Fleischbeschauer und Trichinenschauer

Gem. § 1 I FG⁵⁾ unterliegen bestimmte Tierarten, deren Fleisch zum Genuß für Menschen bestimmt ist, vor und nach der Schlachtung einer amtlichen Untersuchung, der sog. Schlacht tier- und Fleischbeschau. Zu deren Vornahme werden Beschaubezirke gebildet und für

1) WIVR I S. 533 ff.

2) Diss. S. 19 ff.

3) Diss. S. 40 ff.

4) Vgl. oben § 2 dieser Arbeit.

5) FleischbeschauG idF v. 29.10.1940 (RGBl. I S. 1463) und 15.3.1960 (BGBl. I S. 186), zuletzt geändert durch das DurchführungsG EWG-Richtlinie Frisches Fleisch v. 28.6.1965 (BGBl. I S. 547).

jeden mindestens ein Beschauer sowie ein Stellvertreter bestellt (§ 4 I FG). Als Beschauer sind grundsätzlich Tierärzte zu bestellen (§ 4 III FG, § 8 I DVO⁶⁾ - Fleischbeschautierärzte). Stehen solche nicht zur Verfügung, können andere Personen dann bestellt werden, wenn sie ausreichende Kenntnisse nachgewiesen haben (§ 4 III 2 FG, § 8 II DVO - Fleischbeschauer).

Die Durchführung der Schlachttier- und Fleischschau ist eine polizeiliche (ordnungsbehördliche) Aufgabe, für deren Wahrnehmung die Ortspolizeibehörden (örtliche Ordnungsbehörden) zuständig sind, soweit in den Ausführungsbestimmungen nichts anderes bestimmt ist (§ 30 DVO). Die höhere Verwaltungsbehörde kann aber die nach dem Gesetz und den Ausführungsbestimmungen den Ortspolizeibehörden (örtlichen Ordnungsbehörden) zustehenden Befugnisse auf andere Behörden, Beamte oder sonstige Personen übertragen, namentlich auf die Beschauer (§ 31 DVO).

Die den Beschauern übertragenen Aufgaben umfassen alle Maßnahmen zur Sicherstellung der Durchführung des FG. Der Beschauer erlaubt (unter Anordnung etwa zu beachtender Vorsichtsmaßnahmen) die Schlachtung, sofern die Schlachttierschau keinen Grund zur Beanstandung ergibt (§ 5 FG). Er verbietet die Schlachtung, wenn bei Tieren eine Seuche oder der Verdacht einer Seuche festgestellt wird (§ 6 I AB.A⁷⁾). Er erklärt verbindlich das Fleisch als tauglich zum Genuß für Menschen (§ 6 FG). Ebenso ist er berechtigt, Fleisch vorläufig zu beschlagnahmen, das zum Genuß für Menschen untauglich (§ 9 I FG), nur bedingt tauglich (§ 8 I FG) oder minderwertig (§ 10 FG) ist. Weiterhin kann ihm die polizeiliche Befugnis übertragen sein, Maßnahmen zu ergreifen, soweit es sich um die unschädliche Beseitigung einzelner Organe oder Fleischteile handelt (§ 31 III DVO). Schließlich wird er ermächtigt, bakteriologische Fleischuntersuchungen anzuordnen und einzuleiten (§ 31 IV DVO).

6) VO über die Durchführung des FG v. 1.11.1940 (RMBl. S. 289) idF der VO v. 8.3.1961 (BGBl. I S. 143).

7) Ausführungsbestimmungen A über die Untersuchung und gesundheitspolizeiliche Behandlung der Schlachttiere und des Fleisches bei Schlachtungen im Inland idF der VO v. 11.10.1960 (BGBl. I S. 828).

Die Beschauer sind freilich nicht schon allein deshalb Beliehene, weil ihnen die sachverständige Untersuchung von Schlachtvieh und Fleisch übertragen wird. Denn die Ausübung dieser Tätigkeit setzt keine Rechtsmacht voraus, die über die privatrechtliche hinausgeht. Bei der Fleischschau als solcher handelt es sich insoweit nicht um eine spezifisch staatliche Verwaltungsaufgabe, sondern um ein Verwaltungsmonopol, d.h. eine "private" Tätigkeit, die aber dem Staat vorbehalten ist⁸⁾. Anders verhält es sich demgegenüber mit den Befugnissen, die den Beschauern in Verbindung mit der Untersuchungstätigkeit übertragen werden. Die rechtswirksame Erteilung von Erlaubnissen, der Ausspruch von Verboten oder die Beschlagnahme kraft staatlicher Gewalt, m.a.W. der Erlass von Verwaltungsakten, ist, was keiner näheren Begründung bedarf, eine ausschließlich staatliche Befugnis. Mit der Übertragung dieser Befugnisse auf die Beschauer wird diesen das besondere rechtliche Können gewährt, einen Teil spezifisch staatlicher Verwaltungstätigkeit wahrzunehmen. § 3 I Ziff. 14 nwUZwG unterstreicht dies in besonderer Weise, wenn er die Beschauer bezüglich der Anwendung unmittelbaren Zwangs den staatlichen Vollzugsdienstkräften gleichstellt. Die Beschauer bleiben jedoch auch insoweit Privatrechtssubjekte und werden nicht Beamte. Denn die Bestellung b e a m t e t e r Tierärzte als Fleischbeschautierärzte ist gerade grundsätzlich n i c h t zulässig (§ 14 DVO). Auch wird in § 7 Satz 2 DVO ausdrücklich bestimmt, daß die Beschauer hoheitliche Befugnisse auch dann ausüben, wenn sie nicht Beamte sind. Aus alledem folgt aber, daß den Beschauern unter Beibehaltung ihrer Stellung als Privatrechtssubjekte eine über ihre zivilrechtliche Handlungsfähigkeit hinausgehende Rechtsmacht eingeräumt wird, kraft derer sie spezifisch staatliche Verwaltungstätigkeit ausüben können, und sie i n s o w e i t den Status des Beliehenen erhalten⁹⁾.

Das Gesagte gilt entsprechend für die Trichinenschauer (§ 4 IV FG, § 19 I DVO), zu denen entweder Tierärzte, dazu befähigte Fleisch-

-
- 8) Badura, Verwaltungsmonopol S. 127; vgl. auch oben § 2 II.
- 9) Im Ergebnis ebenso Hans J. Wolff, VR II § 104 I b, S. 363; Drews-Wacke, Polizeirecht S. 488; Badura, Verwaltungsmonopol S. 127 iVm S. 253; Becker, Verwaltungsaufgaben S. 197; Giese-Himmel-Meyer, Fleischbeschauengesetz § 4 DVO Anm.2; Frantzen, Diss. S. 31; Brand, Diss. S. 13; Greß SRV 1967, 125; wohl auch BGH v. 29.11.1956 (DVBl. 1957, 348/349); aa. Bachof GR III 1 S. 185 (staatlich gebundener Beruf).

beschauer oder andere Personen mit ausreichenden Kenntnissen bestellt werden können (§ 19 II DVO). Ihnen sind zur Durchführung der Trichinenschau die gleichen Befugnisse wie den Beschauern übertragen. Sie sind daher i n s o w e i t ebenfalls Beliehene.

II. Lebensmittel- und Weinkontrolleure

N e b e n den mit der Überwachung des Verkehrs mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen beauftragten Verwaltungsbehörden können mit dieser Aufgabe auch private Sachverständige betraut werden (§ 6 I LMG¹⁰⁾). Gemäß den einheitlichen Durchführungsvorschriften¹¹⁾ kommen als solche geprüfte Lebensmittelchemiker (Art. 2 I), Tierärzte (Art. 3 I) und Ärzte in Betracht, ebenso auch die von den Berufsvertretungen und -verbänden der Landwirte, der Industrie, des Handels und des Handwerks zur Überwachung der Betriebe bestellten technischen Berater, wenn es sich um die Beurteilung von Fragen technischer oder wirtschaftlicher Art handelt (§ 6 IV LMG, Art. 6 Rundschreiben).

Diese Sachverständigen sind befugt, in die Räume, in denen Lebensmittel gewerbsmäßig oder für Mitglieder von Genossenschaften oder ähnlichen Vereinigungen oder für Teilnehmer an Gemeinschaftsverpflegungen gewonnen, hergestellt, zubereitet, abgemessen, ausgewogen, verpackt, aufbewahrt oder verkauft werden und in denen Bedarfsgegenstände zum Verkauf vorrätig gehalten oder feilgeboten werden, sowie in die dazu gehörigen Geschäftsräume einzutreten, dort Besichtigungen vorzunehmen und Proben nach ihrer Auswahl zum Zwecke der Untersuchung zu fordern oder zu entnehmen (§ 6 Nr. 1 u. 2 LMG). Weiterhin sind sie berechtigt, geschäftliche Aufzeichnungen, Frachtbriefe und Bücher einzusehen (§ 6 I 2 LMG). Darüber hinaus können diese Sachverständigen auch ermächtigt werden, zum Schutze der Lebensmittel gegen Verunreinigungen oder Übertragung von Krankheitserregern unaufschiebbare Anordnungen vorläufig zu treffen oder beanstandete Lebensmittel vorläufig zu beschlagnahmen (§ 7 Satz 1 LMG).

10) LebensmittelG idF v. 17.1.1936 (RGBl. I S. 18) und des Gesetzes zur Änderung des LMG v. 21.12.1958 (BGBl. I S. 950).

11) Rundschreiben des RMdI betr. einheitliche Durchführung des LMG v. 21.6.1934 - abgedruckt bei Hieronimi LMG S. 239 ff.

Die Ausübung derartiger Befugnisse durch die Sachverständigen setzt eine Rechtsmacht voraus, die für sie ein öffentlich-rechtliches Über- und Unterordnungsverhältnis gegenüber anderen Privaten begründet. Ein solches Rechtsverhältnis kann jedoch grundsätzlich nur zwischen dem Staat und Privaten bestehen, denn nur der Staat ist kraft seiner Hoheitsgewalt zu der einseitigen Anordnung und Durchsetzung bestimmter Maßnahmen befugt. Wenn die Sachverständigen als Privatrechtssubjekte gleichwohl berechtigt sind, dieselben Befugnisse im eigenen Namen auszuüben, so muß ihnen insoweit eine entsprechende spezifisch staatliche Rechtsmacht verliehen werden, die über die privatrechtliche hinausgeht. Im Rahmen der Ausübung dieser Befugnisse sind die Sachverständigen daher Beliehene¹²⁾.

Diese rechtliche Beurteilung trifft im vollen Umfang auch auf die Weinkontrollleure zu. Zur Unterstützung der mit der Lebensmittelpolizei beauftragten Behörden und Sachverständigen, die auch den Verkehr mit Wein und sonstigen unter das Weingesetz fallenden Erzeugnissen zu überwachen haben, sind geeignete "Sachverständige im Hauptberufe" (Weinkontrollleure) zu bestellen (§ 21 II WeinG¹³⁾, Art. 1 I Grundsätze¹⁴⁾). Diese haben gleich den Sachverständigen nach dem LMG das Recht zum Betreten der Geschäftsräume, zur Einsicht in geschäftliche Aufzeichnungen und zur Entnahme von Proben (§ 22 WeinG, Art. 12 Grundsätze). In besonderen Fällen sind sie ebenfalls befugt, verdächtige Erzeugnisse zu beschlagnehmen oder sonst sicherzustellen (Art. 11 Grundsätze)¹⁵⁾. Die Tätigkeit der Weinkontrollleure als Hauptberuf steht ihrer Qualifizierung als Beileihung nicht entgegen. Bei der Entwicklung des Beileihungsbegriffes wurde bereits darauf hingewiesen, daß das quantitative Verhältnis der privaten zur beliehenen Tätigkeit nicht wesentlich ist¹⁶⁾.

- 12) In diesem Sinne auch Hieronimi LMG § 6 Anm. 8; Holthöfer-Juckenack-Nüse LMG § 6 Rdn. 29; Drews-Wacke, Polizeirecht S. 489. - Gem. § 3 I Ziff. 9 nwUZwG sind sie den Vollzugsdienstkräften gleichgestellt.
- 13) WeinG v. 25.7.1930 (RGBl. I S. 356) idF der Gesetze v. 15.7.1951 (BGBl. I S. 456) und v. 4.6.1957 (BGBl. I S. 595), zuletzt geändert durch Gesetz v. 31.3.1965 (BGBl. I S. 208) und v. 12.8.1965 (BGBl. I S. 780).
- 14) Grundsätze für eine einheitliche Durchführung des WeinG v. 2.11.1933 (RGBl. I S. 801).
- 15) Hieronimi WeinG § 21 Anm. 2 u.3; Holthöfer-Nüse WeinG § 21 Anm. 2; Koch WeinG § 21 Anm. 2 u.3; Drews-Wacke, Polizeirecht S.489.
- 16) Vgl. oben § 1 II 2, S. 14/15.

III. Amtlich anerkannte Sachverständige und Prüfer im Fahrerlaubnis-Prüfungsverfahren und bei der Kraftfahrzeug-Überwachung

Die rechtliche Qualifizierung der "amtlich anerkannten Sachverständigen und amtlich anerkannten Prüfer für den Kraftfahrzeugverkehr" ist im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion um die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private noch völlig ungeklärt. Freilich steht im Mittelpunkt der Auseinandersetzung nicht so sehr die Rechtsstellung der Prüfer oder der Sachverständigen, sondern die der Technischen Überwachungsvereine (kurz "TÜV"), indem man von der Annahme ausgeht, wenn die Tätigkeit der TÜV eine hoheitliche Amtstätigkeit darstelle, müsse notwendig auch der Sachverständige und der Prüfer mit den gleichen Befugnissen ausgestattet sein und umgekehrt¹⁷⁾. Bevor im einzelnen zu den vertretenen Meinungen Stellung genommen und die eigene Auffassung begründet werden kann, ist kurz die insoweit erhebliche gesetzliche Regelung darzustellen. Hierbei soll zunächst nur das Tätigwerden im Kraftfahrzeugverkehr, nicht im Rahmen der Überwachung gewerblicher Anlagen gem. § 24 GewO behandelt werden, und zur Vereinfachung wird auch nur von den "Prüfern" gesprochen, soweit sich keine unterschiedliche Beurteilung gegenüber den "Sachverständigen" ergibt. Den P r ü f e r n sind folgende Aufgaben übertragen:

1. Abnahme der Fahrprüfung; Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen; Aushändigung des Führerscheins bei Bestehen (§§ 10, 11 StVZO (18));

17) Wie unklar dieser Fragenkomplex ist, zeigt sich beispielsweise daran, daß dem Urteil des OLG Celle v. 9.2.1953 (MDR 1953, 676 ff.) der Leitsatz: "Ein bürgerlich-rechtlicher V e r e i n, dem die in den §§ 10, 11, 21, 29 StVZO umschriebenen Aufgaben ü b e r t r a g e n sind ..." vorangestellt ist, während es in der Urteilsbegründung heißt: "Die vom Gesetzgeber gewählte Lösung, die in den §§ 10, 11, 21, 29 StVZO umschriebenen Aufgaben A n g e s t e l l t e n eines bürgerl.-rechtl. Vereins zu ü b e r t r a g e n ..", ferner: "...mag es offen bleiben, ... ob es sich also um Aufgaben handelt, die ihm und nur ihm (Verf.: sc. dem Prüfer) übertragen sind ..., oder ob die Prüfstelle eigentliche Trägerin dieser hoheitlichen Funktionen ist" (Hervorhebungen jeweils vom Verf.). In ein und demselben Urteil läßt das Gericht somit zunächst nur die Prüfer, dann nur den TÜV Adressat der Ermächtigung sein, um schließlich beide Ansichten wieder in Frage zu stellen und damit das entscheidende Problem ungelöst zu lassen.

18) Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung idF der Bekanntmachung v. 6.12.1960 (BGBl. I S. 898) - m.Änd..

2. Anfertigung eines Gutachtens bei Bedenken gegen die körperliche oder geistige Eignung des Bewerbers (§§ 3 II, 12 StvZO);
3. Begutachtung im Rahmen der Erteilung der Betriebserlaubnis (§§ 19 II, 20 II, 21 StvZO);
4. Untersuchung bereits zugelassener Fahrzeuge und Zuteilung der Plakette (§ 29 StvZO).

Teilweise wird nun geltend gemacht, die Überwachungstätigkeit des Prüfers erschöpfe sich in der Prüfung und Berichterstattung über technische Vorgänge. Den Normen lasse sich nicht entnehmen, daß es sich dabei um eine im staatlichen Auftrage ausgeübte Verwaltungstätigkeit hoheitlicher Art handle. Vielmehr leiste der Prüfer nur eine die Verwaltungstätigkeit der Behörden unterstützende und deren Entscheidung vorbereitende Arbeit. Hoheitliche Maßnahmen würden erst im Anschluß an die Sachverständigen-Tätigkeit getroffen. Dieses Recht aber stehe allein den Straßenverkehrsbehörden zu. Die Aufgaben der Prüfer würden daher nur im privatrechtlichen Bereich erledigt¹⁹⁾.

Demgegenüber wird eingewendet, die Überwachungstätigkeit sei eine spezifisch staatliche Aufgabe. Sie sei wie die Überwachungspflicht der Anlagenbesitzer vom Gesetz allein zum Zwecke der Erfüllung ganz konkreter polizeirechtlicher Pflichten des Staates angeordnet, nämlich die Allgemeinheit aus Gründen des öffentlichen Wohls vor Gefahren zu schützen. Bei der Verwirklichung dieser Pflichten handle es sich daher notwendig um Staatsfunktionen. Denn ohne die Überwachung und die mit ihr korrespondierende Duldungspflicht der Anlagenbesitzer sei die gesetzlich statuierte präventive Eingriffspflicht des Staates nicht vollziehbar. Die technische Überwachung gehöre daher funktional zum wesentlichen Bestand jener Pflicht und lasse sich nicht von ihr loslösen²⁰⁾.

19) Wolfg. Siebert, Rechtsstellung S. 28 ff.; Forsthoff, Stellung S. 13, 15 ff.; ders. VR S. 458 Fußn. 3; H. Peters, Festschrift f. Nipperdey S. 884 f.; ders., Veränderung S. 7; Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364 (anders noch Vorauf. S. 304); Müller, Rechtsstellung S. 30 ff.; ders., Straßenverkehrsrecht S. 1245 (mit Ausnahme der Abnahme von Führerscheinprüfungen: Straßenverkehrsrecht S. 517); wie Müller differenzierend auch Bouska DAR 1964, 148 f..

20) Rupp, Privateigentum S. 19 f.; in diesem Sinne auch BGH v. 30.11.1967 (NJW 1968, 443 ff.); OLG Celle v. 9.2.1953 (MDR 1953, 676); OLG Hamburg v. 30.12.1958 (VersR 1960, 363 f.); LG Berlin v. 28.4.1967 (NJW 1967, 1663 f.); ebenfalls (allerdings ohne nähere Begründung) Evermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 67; Merk VR S. 751; Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht § 10 StvZO Rdn. 7; Voß DAR 1951, 15; Hellingrath DAR 1952, 30 r.Sp..

Die Klärung dieser Frage hat zutreffend von dem Begriff der Staatsfunktion auszugehen. Aber wie bereits zu Beginn dieser Untersuchung dargelegt wurde, kann für die Bestimmung des Beleihungsgegenstandes an die Einteilung des staatlichen Verwaltungshandelns nach den vertretenen Funktionstheorien nur bedingt angeknüpft werden, da für die Neueinteilung des Verwaltungshandelns lediglich das Verlangen maßgebend ist, das ausgeweitete privatrechtliche Handeln des Staates an die Regeln des öffentlichen Rechts zu binden. Es ist m.E. aber auch nicht möglich, eine bestimmte Tätigkeit Privater allein deshalb als spezifische Staatsfunktion anzusehen, weil sie in unmittelbarer Verbindung mit spezifisch staatlichem Handeln steht. Die Anerkennung der Tätigkeit Privater als spezifische Staatsfunktion allein "kraft Sachzusammenhangs" mit einer solchen würde das Gebiet spezifisch staatlicher Tätigkeit praktisch unbegrenzt ausdehnen²¹⁾. Denn wollte man tatsächlich annehmen, daß es sich bei der Erfüllung der durch das Gesetz auferlegten Pflichten notwendig um Staatsfunktionen handelte, würde man unter den nach außen wirkenden Tätigkeiten Privater kaum noch solche eindeutig nicht staatlichen Charakters ausmachen können.

Das entscheidende Kriterium hat demnach auch hier zu sein, ob dem einzelnen Prüfer auf Grund der genannten Normen spezifisch staatliche Aufgaben im Sinne einer besonderen Rechtsmacht übertragen sind. Die Frage ist für die oben 2. und 3. erwähnten Tätigkeiten eindeutig zu verneinen. Wie sich aus den einschlägigen Bestimmungen ergibt, ist der Prüfer nur mit der Erstattung von "Gutachten" (§§ 3 II Ziff. 3, § 12 I, § 19 II 2 StVZO), mit der "Begutachtung" von Kraftfahrzeugen (§ 20 II 2 StVZO) sowie der Erstellung von "Bescheinigungen" (§ 21 Satz 3 StVZO) beauftragt. Diese Tätigkeiten sind rein sachlich feststellender Art; sie ermitteln bestimmte Tatsachen und setzen deshalb zwar eine spezielle Sachkunde und Erfahrung, aber keine besondere r e c h t l i c h e Befähigung voraus. Sie sind inhaltlich in gewissem Sinne "neutral"²²⁾.

21) Dagegen auch Wolfg. Siebert, Rechtsstellung S. 41; Bauer VEnergR 5, 61; vgl. auch schon oben § 1 III dieser Arbeit.

22) Wolfg. Siebert, Rechtsstellung S. 25; aa. die bereits oben S. 96 Fußn. 20 erwähnte Entscheidung des OLG Celle MDR 1953, 677 r.Sp., wo ausdrücklich festgestellt wird, bei der Erstattung eines Gutachtens über der Sachverständige öffentliche Gewalt aus; ebenso für die Erteilung einer Bescheinigung nach § 21 Satz 3 StVZO die oben S. 96 Fußn. 20 zitierte Entscheidung des BGH NJW 1968, 444 f. - Die Frage, um die es in allen genannten Entscheidungen geht, ob nämlich die Amtshaftungs-

Eine andere Beurteilung erfordern dagegen m.E. die oben zu 1. und 4. genannten Tätigkeiten des Prüfers gem. §§ 10, 11 und § 29 StVZO. Denn die Entscheidung darüber, ob jemandem die Teilnahme als Kraftfahrzeugführer am Verkehr gestattet wird, ist die Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts und damit ein Verwaltungsakt. Als Ausfluß der spezifisch staatlichen Verwaltungsfunktion kann eine solche Entscheidung jedoch nur durch den Staat selbst getroffen werden, da ihm allein von der Rechtsordnung die dafür erforderliche Rechtsmacht eingeräumt ist. Die Entscheidung wird aber von einem privaten Prüfer gefällt. Ebenso übt der Prüfer kraft besonders verliehener Rechtsmacht staatliche Befugnisse aus, wenn er für den Betroffenen feststellt, daß sein Fahrzeug verkehrssicher ist oder nicht, und wenn er über die Erteilung der Plakette befindet. Denn damit entscheidet er zugleich verbindlich darüber, ob dieses weiterhin im Straßenverkehr verwendet werden darf oder nicht (§ 29 III, IV StVZO). Eine derartige Rechtsmacht kann der Prüfer als Privatrechtssubjekt gegenüber anderen Privatrechtssubjekten nur kraft einer ausdrücklich verliehenen Befähigung oder Ermächtigung ausüben. Im Rahmen d i e s e r Tätigkeiten muß der Prüfer daher als Beliehener angesehen werden²³⁾.

Wenn Wolfg. Siebert demgegenüber geltend macht, § 4 StVZO schreibe ausdrücklich vor, daß die Fahrerlaubnis durch die Verwaltungsbehörde erteilt werde, so daß § 10 StVZO als Ausführungsbestimmung nicht eine widersprechende Bedeutung haben könne, daß weiterhin mit § 10

grundsätze gem. § 839 BGB, Art. 34 GG auch dann eingreifen, wenn der Prüfer im Rahmen dieser Aufgaben tätig wird, ist damit keineswegs entschieden. Vielmehr ist lediglich klargestellt, daß er keine spezifisch staatlichen Verwaltungsaufgaben wahrnimmt und er deshalb kein Beliehener ist. Ob der Prüfer hier indes in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt, bedarf in diesem Zusammenhang daher keiner Erörterung mehr, dürfte aber wohl im Ergebnis zu bejahen sein. - Die hier vertretene Auffassung gilt ebenso für die Tätigkeit einer "amtlich anerkannten medizinisch-psychologischen Untersuchungsstelle" gem. § 3 II Ziff. 2 StVZO; vgl. Krieger DVBl. 1964, 410 ff..

- 23) Ebenso für diese Tätigkeiten OVG Münster v. 22.6.1954 (NJW 1954, 1663); OLG Düsseldorf v. 17.1.1957 (DAR 1957, 353 ff.); VG Münster v. 22.7.1966 (NJW 1967, 171/172); Müller, Straßenverkehrsrecht S. 1245; Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht § 10 StVZO Rdn. 7; Voß DAR 1957, 15; Hellingrath DAR 1952, 30 r.Sp.; Bouska DAR 1964, 149, 152; Steiner JUS 1969, 72 f.

I 2 StVZO ("aushändigen") deutlich zum Ausdruck gebracht sei, daß der Prüfer nur eine vermittelnde Funktion zwischen der Verkehrsbehörde und dem Bewerber innehat²⁴⁾, so vermag dies als Argument für die Qualifizierung der Tätigkeit des Prüfers gem. § 10 StVZO als eine nur private nicht zu überzeugen. Denn bei dem für den Betroffenen erheblichen Rechtsakt ist die Behörde nicht beteiligt. Im Gegensatz zu den anderen Bestimmungen, nach denen der Prüfer der Behörde ein Gutachten zu erstatten hat, bevor d i e s e entscheidet, ist das Verfahren nach § 10 StVZO eben gerade anders. Nachdem die Behörde unter Berücksichtigung aller weiteren Gesichtspunkte einen Führerschein bereits ausgestellt hat, entscheidet der Prüfer über die Befähigung des Bewerbers zum Führen eines Kraftfahrzeuges und damit auch unmittelbar über die Erteilung der dafür erforderlichen Erlaubnis, indem er den Führerschein aushändigt oder nicht. Die Behörde kann in diesem Fall eine Entscheidung gar nicht mehr treffen. Bei den Entscheidungen der Prüfer nach § 29 III, IV StVZO ist die Behörde sogar in keiner Weise beteiligt. Der Prüfer entscheidet völlig selbständig über die Verkehrssicherheit des Kraftfahrzeuges und die Zuteilung oder die Nicht-Zuteilung bzw. Entfernung der Plakette und damit über die Verwendung des Fahrzeugs im Straßenverkehr²⁵⁾. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Prüfer im Rahmen der Fahrerlaubniserteilung und der Kraftfahrzeugüberwachung Beliehener ist.

Daraus läßt sich aber nun keineswegs folgern, daß auch die T Ü V, eingetragene Vereine des bürgerlichen Rechts²⁶⁾, insoweit die gleiche Rechtsstellung wie die Prüfer einnehmen. Die Prüfer sind in technischen Prüfstellen für den Kraftfahrzeugverkehr zusammengefaßt²⁷⁾. Gem. § 12 VO bestimmt die Landesbehörde die Stelle, die

24) Wolfg. Siebert, Rechtsstellung S. 31.

25) § 29 III StVZO iVm Ziff. 8 der Anlage VIII zur StVZO, § 29 IV 3 StVZO.

26) Wolfg. Siebert, Technische Überwachungs-Vereine, insb. S. 37 ff.; ders., Rechtsstellung S. 11 ff.; 15 ff.; v. Busch-Trabandt, Anlagen § 24 c GewO Anm. 3; Forsthoff, Stellung S. 11 ff.; Müller, Rechtsstellung S. 29 ff..

27) § 11 der VO über amtlich anerkannte Sachverständige und amtlich anerkannte Prüfer für den Kraftfahrzeugverkehr v. 10.11.1956 (BGBl. I S. 855) idF der VO v. 7.7.1960 (BGBl. I S. 485, 527).

deren Aufgaben wahrnimmt, zumeist TÜV, innerhalb deren Vereinsorganisation die technische Prüfstelle gleichsam eine Abteilung wird²⁸⁾. Weder die Stellung der TÜV noch ihre konkreten Aufgaben sind in der StVZO oder in anderen Vorschriften geregelt. Sie stellen die für die Aufgabenerledigung durch die Prüfer erforderlichen Einrichtungen zur Verfügung²⁹⁾, ohne aber auf die Prüfer selbst den geringsten Einfluß zu haben. Ihre Tätigkeit ist ausschließlich privatrechtlicher Natur. Spezifisch staatliche Aufgaben werden dagegen kraft positiv rechtlicher Regelung immer nur den Prüfern als Einzelpersonen übertragen³⁰⁾.

Das Gesagte gilt entsprechend für die Prüfung der Überwachungsbedürftigen Anlagen gem. § 24 GewO. Die für diesen Zweck anerkannten, nicht beamteten Sachverständigen, die diese Prüfungen vornehmen (§ 24 c I 1 GewO), üben ausschließlich gutachterliche Tätigkeit aus. Sie sind somit auch keine Beliehene. Den technischen Überwachungsorganisationen, in denen diese Sachverständigen zusammengefaßt sind (§ 24 c I 2 GewO) kommt ebenfalls eine besondere rechtliche Bedeutung nicht zu³¹⁾.

Nicht weniger umstritten als die TÜV ist die Rechtsstellung einer ähnlichen Institution, nämlich der "Arbeitsgemeinschaften zur Prüfung der elektrischen Installationsanlagen auf dem Lande" (A R B E G). Gem. § 2 I 2. DVO z. EnergG³²⁾ müssen zur Gewährleistung und Erhöhung der Feuer-, Unfall- und Betriebssicherheit die elektrischen Energieanlagen und Energieverbrauchsgeräte in landwirtschaftlichen Betrieben und ländlichen Anwesen nach der Inbetriebnahme laufend in bestimmten Zeitabschnitten durch einen Sachverständigen auf ihren ordnungsgemäßen Zustand überprüft werden. Mit der Durchführung der Prüfungen werden die ARBEG beauftragt (§ 4 I 2. DVO z. EnergG), die rechtsfähige oder nichtrechtsfähige Vereine des bürgerlichen Rechts sind.

-
- 28) Wolfg. Siebert, Rechtsstellung S. 18 ff.; Müller, Straßenverkehrsrecht S. 1245.
- 29) H. Peters, Rechtsgutachten S. 6.
- 30) VG Münster v. 22.7.1966 (NJW 1966, 171/172); aa Bouska DAR 1964, 149; Greß SRV 1967, 125 sowie die oben S. 96 Fußn. 20 Genannten.
- 31) v. Busch-Trabandt, Anlagen § 24 c GewO Anm. 1; Fuhr GewO § 24 c Anm. 2; Landmann-Rohmer-Evermann-Fröhler GewO § 24 c Rdn. 8 und die oben S. 95 Fußn. 18 Genannten. - AA. Reuß GR III/1 S. 131; Evermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 67; Bachof AöR Bd. 83, 233 Fußn. 52; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 82; vgl. auch Winter DöV 1962, 734 f.; Evers JUS 1967, 259 (ohne Begründung).
- 32) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (EnergiewirtschaftsG) v. 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451).

Klaus Vogel nennt die ARBEG ohne nähere Begründung ein klassisches Beispiel für die mit Hoheitsbefugnissen beliehenen privaten Organisationen (33). Eiser-Riederer-Sieder, die der ARBEG "zumindest anstaltsähnlichen Charakter" zuerkennen wollen, begründen diese Auffassung damit, daß die einschlägigen Bestimmungen vorwiegend polizeilichen Charakter hätten. Mit der Ausübung dieser "polizeilichen Kontrollbefugnis" allein erfülle die ARBEG eine öffentliche Aufgabe und nehme damit hoheitliche Rechte wahr (34).

Diese Begründung ist jedoch nicht geeignet, die ARBEG als Beliehene zu qualifizieren. Wie bereits an anderer Stelle nachzuweisen versucht wurde (35), kann aus dem Umstand, daß Private ähnliche Aufgaben wahrnehmen und Tätigkeiten ausüben wie der Staat, nicht auf die Übertragung spezifisch staatlicher Funktionen auf diese geschlossen werden. Zu Recht führen Eiser-Riederer-Sieder aus, die ARBEG erfülle eine "öffentliche" Aufgabe. Das bedeutet aber, wie gesagt, noch nicht, daß deren Träger auch Beliehener ist, mag auch diese Aufgabe kraft staatlichen Auftrags wahrgenommen werden (36).

Zu prüfen bleibt daher, ob der ARBEG oder den von ihr angestellten Sachverständigen zur Durchführung der Überwachungsaufgaben spezifisch staatliche Funktionen übertragen worden sind. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung hat die ARBEG nicht das Recht, die Prüfungspflichtigkeit von Betrieben oder Anwesen festzustellen. Die Entscheidung darüber obliegt der Energieaufsichtsbehörde (§ 2 IV 2 2. DVO). Ebensowenig ist der Sachverständige befugt, im Weigerungsfalle gegen den Prüfungspflichtigen Zwangsmittel anzuwenden, wie aus § 6 2. DVO iVm § 15 EnergG hervorgeht. Der Sachverständige hat sich darauf zu beschränken, Mitteilungen an die Verwaltungsbehörde zu machen (37). Die Prüfungstätigkeit selbst beschränkt sich auf technisch begutachtende Feststellungen, über deren Ergebnis dem Prüfungspflichtigen ein Befundschein auszustellen ist (vgl. Abschnitt V Nr. 3 EntschlieÙung), der keine Rechtswirkungen begründet. Soweit der Sachverständige das Recht hat, die Instandsetzungsfrist "festzusetzen" (§ 2 V 2. DVO), bedeutet auch dies nur seinen Hinweis, daß er die Instandsetzung in dieser Zeit aus Sicherheitsgründen für geboten erachtet. Da es sich weder um einen verpflichtenden noch feststellenden Verwaltungsakt handelt, wie Bauer zutreffend ausführt, fehlt dem Sachverständigen wie der ARBEG auch jede Befugnis, die Instandsetzungspflicht mit staatlichen Zwangsmitteln durchzusetzen. Aus alledem folgt aber, daß mit dem Auftrag zur Durchführung der Prüfungen weder der ARBEG noch deren Sachverständigen spezifisch staatliche Funktionen übertragen worden sind. Weder die ARBEG selbst noch ihre Sachverständigen können daher als Beliehene angesehen werden (38).

33) Wirtschaftseinheiten S. 82; ebenso Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363 a.E.

34) Eiser-Riederer-Sieder I EnergG § 13 Anm. 8 c.

35) Oben § 1 II 3, S. 15 ff.

36) In diesem Sinne auch Bauer VEnergR 5, 60 f..

37) Vgl. Abschnitt VI der EntschlieÙung des Bayer.Staatsministeriums des Innern v. 28.11.1957 betr.: die regelmäßige Überwachung der elektrischen Einrichtungen in landwirtschaftlichen Betrieben und ländlichen Anwesen, abgedruckt bei Eiser-Riederer-Sieder I EnergG S. 302 f.

38) Ebenso BayKompGH v. 14.5.1957 (ObLGH 1957, 392/394 ff.); Bauer VEnergR 5, 57 ff.; Köhler, Überwachung S. 42.

Die gleichen Erwägungen führen dazu, daß auch die Prüfingenieure für Baustatik nicht als Beliehene qualifiziert werden können.

Gemäß nahezu gleichlautenden Bestimmungen in den Landesbauordnungen (39) kann der zuständige Minister durch Rechtsverordnung vorschreiben, daß bestimmte Prüfaufgaben der Bauaufsichtsbehörde wie Teile der technischen Prüfung von Bauvorlagen auf besondere Einrichtungen oder Sachverständige übertragen werden können. In Ausführung dieser Vorschriften ist in den verschiedenen Landesverordnungen über die bautechnische Prüfung von Bauvorhaben (40) ebenfalls übereinstimmend bestimmt, daß die Bauaufsichtsbehörde die Prüfung des Standsicherheitsnachweises bei statisch schwierigen Bauvorhaben einem Prüfamte für Baustatik (Prüfamte) oder einem Prüffingenieur für Baustatik (Prüffingenieur) übertragen kann; zur Beschleunigung des bauaufsichtlichen Verfahrens kann bei statisch einfachen Bauvorhaben die Prüfung einem Prüffingenieur übertragen werden (§ 1 Abs. 1 und 2). Die Tätigkeit des Prüfamtes und des Prüffingenieurs ist gem. § 1 Abs. 4 der Landesverordnungen darauf beschränkt, die Vollständigkeit und Richtigkeit der Berechnungen und der dazu gehörigen Zeichnungen in einem Prüfbericht an die Bauaufsichtsbehörde zu bescheinigen und auf Besonderheiten hinzuweisen, auf die bei der Erteilung der Baugenehmigung sowie bei der Überwachung und bei der Abnahme zu achten ist. Aus dieser Abgrenzung der Aufgaben des Prüffingenieurs wird aber deutlich, daß dieser ebenfalls lediglich gutachtliche Tätigkeit und nicht etwa staatliche Kompetenzen in dem Baugenehmigungsverfahren ausübt. Er ist daher ebenso wenig wie die ARBEG und deren Sachverständige ein Beliehener (41).

IV. Bezirksschornsteinfegermeister als Feuerstättenschauer

Die Erhaltung der Feuersicherheit eines Gebäudes liegt nicht nur im Privatinteresse des Eigentümers und seiner Bewohner, sondern auch im öffentlichen Interesse. Alle Gebäude unterliegen daher dem Kehrzwang. Die Kehrarbeiten dürfen nur von Bezirksschorn-

- 39) Vgl. z.B. § 83 Abs. 3 Landesbauordnung für Baden-Württemberg v. 6.4.1964 (GBL. S. 151); § 79 Abs. 5 Bayerische Bauordnung v. 21.8.1969 (GVBl. S. 263); § 107 Abs. 4 Bauordnung für Berlin v. 29.7.1966 (GVBl. S. 1175); § 76 Abs. 2 Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 25.6.1962 (GV.NW.S. 373).
- 40) Vgl. z.B. bw VO über die bautechnische Prüfung genehmigungspflichtiger Vorhaben v. 13.1.1965 (GBL. S. 6); bay LandesVO über die bautechnische Prüfung baulicher Anlagen v. 2.10.1962 (GVBl. S. 242); berl VO über die bautechnische Prüfung von Bauvorhaben v. 14.12.1966 (GVBl. S. 1787); nw VO über die bautechnische Prüfung von Bauvorhaben v. 19.7.1962 (GV. NW. S. 470).
- 41) Ebenso BGH Urt. v. 27.5.1963 (NJW 1963, 1821/1822); Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364.

steinfegermeistern, die für bestimmte Kehrbezirke "angestellt" sind, oder von deren Gesellen oder Lehrlingen ausgeführt werden⁴²⁾. Die Ausführung der ihm durch die Kehrordnungen vorgeschriebenen Kehrarbeiten (vgl. § 33 I VOSch) ist privatrechtlicher Natur; zwischen dem Bezirksschornsteinfegermeister und dem Eigentümer des zu kehrenden Gebäudes entsteht ein privatrechtliches Vertragsverhältnis, mag der Abschluß und der Inhalt des Kehrvertrages auch dem Willen der Vertragsschließenden weitgehend entzogen sein⁴³⁾.

Neben der Ausführung der Kehrarbeiten erfüllt der Bezirksschornsteinfegermeister die "öffentlichen Aufgaben" der Feuerstättenschau und der Bauabnahme (§ 27 I 2 VOSch). Insofern obliegt ihm die Überprüfung sämtlicher Schornsteine, Feuerstätten und Verbindungsstücke auf ihre Feuersicherheit in den Gebäuden seines Kehrbezirks (Feuerstättenschau, § 33 I Ziff. 4 VOSch), die Meldung vorgefundener Mängel an den Grundstückseigentümer und die **A n w e i s u n g** an diesen, sie innerhalb einer von ihm zu bestimmenden Frist abzustellen (Nr. 3). Weiterhin ist er befugt, Bescheinigungen über die Roh- und Gebrauchsabnahme auszustellen (Nr. 9).

Wenngleich alle diese Tätigkeiten im polizeilichen Interesse geboten sind, so läßt sich daraus keineswegs folgern, daß der Bezirksschornsteinfegermeister insoweit schlechthin spezifisch staatliche Verwaltungsaufgaben und -befugnisse wahrnimmt. Wie bereits für die Tätigkeit der Prüfer im Kraftfahrzeugverkehr dargelegt worden ist, erhält eine bestimmte Tätigkeit Privater nicht allein dadurch spezifisch staatlichen Charakter, weil sie in einem mehr oder weniger engem Sachzusammenhang mit spezifisch staatlichem Handeln steht. Auch die Prüfungs- und Begutachtungstätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters ist daher keine spezifisch staatliche, sondern eine gewissermaßen neutrale Tätigkeit. Die rechtswirksame Erteilung von Anweisungen und die Ausstellung oder die

42) § 39 GewO iVm dem Vorspruch zur VO über das Schornsteinfegerwesen idF v. 12.11.1964 - VOSch - (BGBl. I S. 873).

43) BGHZ v. 16.6.1954 (VersR 1954, 404); Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler GewO § 39 Rdn. 23; Fuhr GewO § 39 Anm. 2; Moelle-Siebert-Musielak, Schornsteinfegerhandwerk S. 65; Kürzel DWW 1963, 185; Hegel VersR 1962, 1041. - Zur Problematik des Kehrmonopols vgl. Über, Freiheit des Berufs S. 180 ff.; Badura, Verwaltungsmonopol S. 117 f..

Nicht-Ausstellung von Bauabnahmebescheinigungen erfordert hingegen die Verleihung einer über das privatrechtliche Können hinausgehenden Rechtsmacht. Denn insoweit handelt es sich um die begünstigende oder belastende Regelung von Einzelfällen und damit um Verwaltungsakte. Die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten steht jedoch grundsätzlich nur dem Staat, nicht aber einem Privatrechtssubjekt zu, das der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Wahrnehmung aller ihm zugewiesenen Aufgaben bleibt (vgl. Satz 3 des Vorspruchs zur VOSch). Im Rahmen der Ausübung dieser spezifisch staatlichen Aufgaben und Befugnisse kann der Bezirksschornsteinfegermeister daher nur auf Grund einer Beleihung tätig werden⁴⁴⁾.

V. Kapitäne, in Sonderfällen der Erste Offizier des Deckdienstes oder der Alleinsteuermann

Ein typischer Fall der Beleihung ist die Übertragung von Polizeigewalt auf den (Schiffs-)Kapitän⁴⁵⁾, die vom Gesetzgeber eingehend geregelt worden ist. Kapitän ist dabei nach der Legaldefinition des § 2 I SeemG⁴⁶⁾ "der vom Reeder bestellte Führer des Schiffes".

Der Kapitän ist kraft Gesetzes Vorgesetzter der Besatzungsmitglieder und der sonstigen an Bord tätigen Personen. Ihnen gegenüber steht ihm die oberste Anordnungsbefugnis zu (§ 106 I SeemG). Er hat für die Erhaltung der Sicherheit und Ordnung an Bord zu sorgen und ist insoweit ermächtigt, "im Rahmen der nachfolgenden Vor-

44) Im Ergebnis ebenso LG Köln v. 30.5.1961 (MDR 1962, 130); Moelle-Siebert-Musielak a.a.O. S. 113; Kürzel DWW 1963, 186; Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363; Fuhr GewO § 39 Anm. 2; Obermayer, Grundzüge S. 16; Frantzen, Diss. S. 27 f.; Brand, Diss. S. 13; Greß SKV 1967, 125.

45) Ebenso Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 82 f.; Cantner, Diss. S. 51 f.; Brand, Diss. S. 13; Greß SKV 1967, 125; aA. Drews-Wacke, Polizeirecht S. 489 ("gesetzliche Indienstnahme Privater für Polizeiaufgaben").

46) SeemannsG v. 26.7.1957 (BGBl. II S. 713). Es gilt nur für die Kauffahrteischiffe, d.h. die zum Erwerb durch die Seefahrt dienenden Schiffe (§ 1 SeemG, § 484 HGB), nicht dagegen für Binnenschiffe; vgl. Schaps-Abraham, Seerecht II S. 26 f., III S. 9. - Zum Begriff des Reeders vgl. § 484 HGB.

schriften und der sonst geltenden Gesetze" die dazu notwendigen Maßnahmen zu treffen (§ 106 II SeemG). Kraft hoheitlicher Gewalt ist er weiterhin befugt, die zur Abwendung einer unmittelbar drohenden Gefahr für Menschen und Schiff erforderlichen Anordnungen zu treffen und diese notfalls mit den erforderlichen Zwangsmitteln durchzusetzen. Seine Befugnisse umfassen dabei auch die Anwendung körperlichen Gewalt und die vorübergehende Festnahme (§ 106 II, III SeemG).

Die Notwendigkeit, dem Kapitän diese staatlichen Hoheitsbefugnisse zu übertragen, ergibt sich daraus, daß an Bord eines Schiffes mit Ablegen eine staatliche Ordnungsgewalt nicht vorhanden wäre, andererseits aber während der Reise ein erhöhtes Ordnungsbedürfnis besteht, das nur durch staatliche Autorität in vollem Umfange zu gewährleisten ist. Man spricht daher auch von der "Schiffsgewalt" des Kapitäns⁴⁷⁾.

Mit derselben Schiffsgewalt ausgestattet und damit beliehen ist der Erste Offizier oder der Alleinsteuermann, der die Pflichten und Befugnisse des Kapitäns übernimmt, wenn ein solcher nicht vorhanden oder dieser verhindert ist (§§ 2 III, 106 SeemG). Das ist dann der Fall, wenn der Kapitän verstorben oder entlassen ist oder seinen Dienst aufgekündigt hat, ohne daß bereits ein Ersatzmann an Bord eingetroffen ist; weiterhin dann, wenn der Kapitän nur vorübergehend nicht in der Lage ist, seine Befugnisse z.B. wegen Urlaubs oder Erkrankung auszuüben. Gleiches gilt, wenn der Kapitän zwar an Bord ist, aber außerstande ist, seine Befugnisse selbst auszuüben, und sie deshalb auf den Ersten Offizier des Deck- oder Maschinendienstes gem. § 106 V SeemG übertragen hat⁴⁸⁾.

Entgegen Klaus Vogel ist der Kapitän nicht mit den staatlichen Aufgaben des Standesbeamten zur Beurkundung des Personenstandes beauf-

47) Im französischen Recht nennt man den Kapitän daher auch den "seul maître après Dieu". - Nicht insofern beliehen ist dagegen der S e e l o t s e. Seine Aufgabe besteht allein in der Beratung des Kapitäns, bei dem die volle Schiffsgewalt auch dann verbleibt, wenn er selbständige Anordnungen des Lotsen hinsichtlich der Führung des Schiffes zuläßt; vgl. das Gesetz über das Seelotsenwesen v. 13.10.1954 (BGBl. II S. 1035); aa. Brand, Diss. S. 13.

48) Vgl. dazu Schaps-Abraham, Seerecht III S. 14 f..

trägt⁴⁹⁾. Der Kapitän ist nämlich lediglich verpflichtet, die Geburt oder den Tod auf dem Seeschiff in das Schiffstagebuch einzutragen oder eine Niederschrift darüber aufzunehmen, was als solche zweifellos keine spezifisch staatliche Tätigkeit ist. Das Recht zur Beurkundung dieser Vorgänge ist dem Kapitän nicht übertragen, vielmehr bleibt dafür ein in § 45 AVO z. PStG näher bestimmter Standesbeamter zuständig.

VI. Luftfahrzeugführer und Luftaufsichtsbeauftragte

Im Gegensatz zu der Regelung der Stellung des Kapitäns läßt das Luftrecht eine ähnliche Regelung für den Luftfahrzeugführer⁵⁰⁾ vermissen. Sein Status als Beliehener ist aber gleichwohl nahezu unstrittig⁵¹⁾.

Luftfahrzeugführer ist, wer ein Luftfahrzeug selbständig führt. Sind mehrere zur Führung berechtigte Luftfahrer an Bord, ist verantwortlicher Luftfahrzeugführer, wer als solcher bestimmt ist (§ 2 LuftVO⁵²⁾).

Die Befugnisse des Luftfahrzeugführers betreffen ebenfalls nur die Gefahrenabwehr. Sie sind der Generalermächtigung des Polizeirechts nachgebildet und in die übergeordnete Tätigkeit der Luftfahrtbehörden eingeordnet. Aus den bereits zur Beleihung des Kapitäns dargelegten Gründen ist der Luftfahrzeugführer ermächtigt, während des Fluges sowie beim Start und bei der Landung die geeigneten Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung zu treffen und durchzusetzen (§ 29 III LuftVG⁵³⁾, § 3 I LuftVO). Mangels einer näheren Konkretisierung ist diese Vorschrift unter Berücksichtigung der bereits angeführten seerechtlichen Vorschriften über die Befugnisse des Kapitäns im Hinblick

49) Wirtschaftseinheiten S. 83, unter Berufung auf § 46 der VO zur Ausführung des PersonenstandsG v. 12.8.1957 (BGBl. I S. 1139).

50) Dazu insb. Westerburg, Die Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten.

51) Vgl. Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 82; Becker, Verwaltungsaufgaben S. 197; Cantner, Diss. S. 51 f..

52) Luftverkehrsordnung v. 10.8.1963 (BGBl. I S. 652).

53) Luftverkehrsgesetz idF v. 16.5.1968 (BGBl. I S. 397).

auf die Besonderheiten des Luftverkehrs zu ergänzen⁵⁴⁾. Ähnlich wie für den Kapitän wird insoweit auch für den Luftfahrzeugführer die Ansicht vertreten, es handle sich nicht um einen Beliehenen, sondern um einen Fall "gesetzlicher Indienstnahme von Privaten für Polizeiaufgaben"⁵⁵⁾. Daran ist so viel richtig, daß der Gesetzgeber beide Berufe zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verpflichtet hat, die mit den staatlichen Polizeiaufgaben im engen Zusammenhang stehen. Das allein berechtigt aber den Luftfahrzeugführer ebensowenig wie den Kapitän eo ipso zur Anwendung spezifisch staatlicher Gewalt gegenüber Dritten, vielmehr bedürfen sie dazu der ausdrücklichen Beleihung.

Beliehene werden auch im Rahmen des Luftverkehrswesens für die Luftaufsicht tätig. Die Luftaufsicht, d.h. die Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch die Luftfahrt, ist eine polizeiliche Aufgabe, die in erster Linie den Luftfahrtbehörden obliegt (§ 29 I 1 LuftVG), denen der Gesetzgeber ausdrücklich das Recht zum Erlaß von Verfügungen zur Ausübung der Luftaufsicht zugesprochen hat (§ 29 I 2 LuftVG). Die Luftaufsichtsbehörde kann diese Aufgaben und Befugnisse auf andere Stellen übertragen (§ 29 II LuftVG). Auf dieser Grundlage haben die Länder, die die Aufgaben der Luftaufsicht, soweit diese nicht der Bundesanstalt für Flugsicherheit oder dem Luftfahrt-Bundesamt übertragen sind, im Auftrage des Bundes führen (§ 31 II Ziff. 18 LuftVG), die Wahrnehmung jener Aufgaben auf den Verkehrsflughäfen den privaten Fluggesellschaften übertragen, auf anderen (Zivil-)Fluggeländen den Sportflugvereinen oder einzelnen Angehörigen derselben. Für diese "Luftaufsichtsbeauftragten" ist mit der Übertragung das Recht verbunden, verbindliche (Luftpolizei-)Verfügungen zu erlassen. Im Hinblick auf diese Rechtsmacht sind sie als Beliehene zu qualifizieren⁵⁶⁾.

VII. Bedienstete im Privatbahn-Polizeidienst

Mit staatlicher Gewalt beliehene Private sind weiterhin die

54) So zutreffend Westerburg a.a.O. S. 105.

55) Drews-Wacke, Polizeirecht S. 489.

56) Vgl. in diesem Sinne auch Drews-Wacke, Polizeirecht S. 554 f.; Greß SKV 1967, 124 f. - Nach § 3 I Ziff. 14 nwUZwG sind sie den Vollzugsdienstkräften gleichgestellt.

hauptamtlich im Bahnpolizeidienst tätigen Bediensteten sowie die Eisenbahnbetriebsbeamten einer privaten Eisenbahn (Bahnpolizeibeamte, § 60 I EBO⁵⁷⁾). Sie sind nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne, sondern ihr Anstellungsverhältnis beruht auf bürgerlich-rechtlichem Dienstvertrag mit dem privaten Eisenbahnunternehmer. Gemäß § 60 II EBO werden diese Bahnpolizeibeamten nach Weisung der zuständigen Landesbehörde zur Wahrnehmung bahnpolizeilicher Aufgaben verpflichtet und insoweit Beliehene⁵⁸⁾. Sie sind befugt, die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung innerhalb des Bahnggebietes und des Bahnverkehrs notwendigen Anordnungen zu treffen (§ 55 I EBO), die ein Gebot oder ein Verbot (bahnpolizeiliche Verfügung) enthalten und sich an bestimmte Personen oder an einen bestimmten Personenkreis richten (§ 57 EBO), sowie im Rahmen ihrer sachlichen und örtlichen Zuständigkeit die sonstigen Rechte von Polizeibeamten auszuüben⁵⁹⁾.

Dagegen läßt sich die von Klaus Vogel vertretene Meinung nicht aufrechterhalten, den Privatunternehmen von Eisenbahnen sei auch das Enteignungsrecht übertragen und sie würden auch insoweit verliehene hoheitliche Befugnisse ausüben⁶⁰⁾. Zwar bestimmt § 16 ndsGEB⁶¹⁾, "daß mit der Verleihung des Eisenbahnunternehmerrechts der Unternehmer das Enteignungsrecht" erhält. Wie aus Absatz 2 aber deutlich hervorgeht, bedeutet dies keineswegs, daß der Unternehmer berechtigt wäre, das Enteignungsverfahren selbst

57) Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung v. 8.5.1967 (BGBl. II S. 1563). - Die frühere Unterscheidung der Privatbahnen in solche des allgemeinen und solche des nicht allgemeinen Verkehrs (Kleinbahnen) ist mit der EBO überholt.

58) Vgl. Finger, Eisenbahngesetze S. 290 ff.; Bühler Festgabe f. Fleiner S. 37; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 43, 83; Drews-Wacke, Polizeirecht S. 488; Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364; E.R. Huber, WiVR I S. 559; Evermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 67; Obermayer, Grundzüge S. 13. - Ungenau ist es freilich, wenn gesagt wird, die "Unternehmen von Privatbahnen" seien Beliehene; denn beliehen werden nur die in § 60 EBO genannten Bediensteten.

59) Finger a.a.O. S. 290 ff..

60) Wirtschaftseinheiten S. 83 im Anschluß an Balser, Technik S. 136.

61) Nds Gesetz über Eisenbahnen und Bergbahnen v. 16.4.1957 GVBl. Sb. I S. 772.

durchzuführen. Vielmehr besagt diese Bestimmung nur, daß mit der Verleihung des Eisenbahnbetriebsrechtes der Unternehmer das Recht erhält, die Durchführung der Enteignung im Rahmen des nach einem bestimmten Verfahren von der höheren Verwaltungsbehörde festgestellten Bauplans zu verlangen, und daß es darüber hinaus keiner besonderen Feststellung der Zulässigkeit der Enteignung mehr bedarf, vielmehr der Plan für die Enteignungsbehörde bindend ist⁶²⁾. Das sog. Enteignungsrecht des Unternehmers beinhaltet mithin nur einen Anspruch gegen den Staat auf Vornahme einer bereits genau festgelegten Enteignung.

N i c h t beliehen sind - wie vereinzelt vertreten wird (63) - Angestellte privater Straßenbahnen, Omnibusfahrer und -schaffner sowie Droschenfahrer. Zwar sah die alte BOStrab (64) in § 47 die Möglichkeit vor, Straßenbahnbedienstete für die Dauer ihrer Tätigkeit im äußeren Betriebsdienst zu Hilfspolizeibeamten zu ernennen und sie damit zu beleihen. In der auf der Grundlage des § 57 PBefG ergangenen neuen BOStrab (65) fehlt aber eine entsprechende Vorschrift ebenso wie in der BOKraft (66). Vielmehr ist in diesen Verordnungen lediglich für die Fahrgäste die Rechtspflicht normiert, den zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung ergehenden Anordnungen des Fahrpersonals Folge zu leisten (§ 67 I BOStrab, § 13 III BOKraft). Es fehlt aber in den genannten Rechtsvorschriften jeder Hinweis darauf, daß dem Fahrpersonal im Falle der Nichtbefolgung seiner Anordnungen etwa auch die Befugnis zustehen soll, diese kraft staatlicher Gewalt durchzusetzen, woraus man dann auf ihre Beleihung schließen könnte.

VIII. Bauunternehmer gem. § 3 III a 2 (1. Halbsatz) StVO

Im Gegensatz zu ihrer Tätigkeit bei der Absperrung und Kennzeichnung von Arbeitsstellen sowie der Kennzeichnung von gesperrten Straßen und Umleitungen⁶⁷⁾ handeln die Bauunternehmer bei der Leitung des Verkehrs bei halbseitigen Straßensperrungen gem. § 3

62) Vgl. § 15 I nwEisenbahnG v. 5.2.1957 (GV.NW.S. 11); § 4 bwLandeseisenbahnG v. 6.7.1951 (Reg.Bl.S.49); § 17 schlhLandeseisenbahnG v. 8.12.1956 (GVOBl. S. 193).

63) Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364; Drews-Wacke, Polizeirecht S. 488, 489 f.

64) Straßenbahn-Bau- und Betriebsordnung v. 13.11.1937 (RGBl. I S. 1247) nebst DVO v. 29.3.1956 (RGBl. I S. 250).

65) v. 31.8.1965 (BGBl. I S. 1513).

66) VO über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr idF der Bekanntgabe v. 7.7.1960 (BGBl. I S. 553), der VO v. 31.7.1963 (BGBl. I S. 585) und der VO v. 6.1.1966 (BGBl. I S. 61).

67) Vgl. oben § 2 III dieser Arbeit.

III a 2 (1. Halbsatz) StVO⁶⁸⁾ als Beliehene.

Gemäß A V Satz 1 der Anlage zur StVO ist bei vorübergehender halbseitiger Sperrung von Straßen infolge von Bauarbeiten eine besondere Regelung des Fahrzeugverkehrs zu treffen, sofern dies zu einer reibungslosen Verkehrsabwicklung notwendig ist. Die Regelung kann in der Weise erfolgen, daß die Durchfahrt abwechselnd von der einen oder der anderen Seite durch drehbare Scheibensignale freigegeben oder gesperrt wird (Satz 2); notwendigenfalls können auch Farbzeichen nach B I 1 der Anlage zur StVO verwendet werden.

Auf die Streitfrage, welche Rechtsnatur den durch amtliche Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen zukommt, ist dabei nicht einzugehen. Es besteht insoweit Einigkeit, daß ebenso wie die Verkehrsregelungen durch Polizeibeamte diejenigen durch Licht- oder Scheibensignale Verwaltungsakte sind. Denn die Farbzeichen symbolisieren Weisungen und Zeichen von Polizeibeamten (vgl. § 2 I StVO) und richten sich ebenso wie diese nur jeweils an die im fraglichen Zeitpunkt gegenwärtigen Verkehrsteilnehmer, nicht dagegen an einen unbestimmten Personenkreis wie die amtlichen Verkehrszeichen nach den §§ 3 und 4 StVO⁶⁹⁾. Zum Erlass derartiger Hoheitsakte sind die Bauunternehmer indes nicht schlechthin berechtigt, sondern sie bedürfen zu deren rechtswirksamen Erlass einer besonderen staatlichen Ermächtigung. Diese ist gem. § 3 III a 2 StVO für diese Fälle generell ausgesprochen und macht die Bauunternehmer *i n s o w e i t* zu Beliehenen⁷⁰⁾.

Diesem Ergebnis steht § 3 III a 3 u. 4 StVO nicht entgegen, soweit danach die Anordnung oder die Zustimmung seitens der Straßenverkehrs- oder Straßenbaubehörde auch für die Maßnahmen der Bauunternehmer nach § 3 III a 2 (1. Halbsatz) StVO vorliegen muß.

68) Straßenverkehrsordnung v. 13.11.1937 (RGBl. I S. 1179) idF v. 29.3.1956 (BGBl. I S. 271, 327) - m.Änd..

69) Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht § 3 StVO Rdn. 2 ff.; Hans J. Wolff VR I § 46 VIII, S. 308 ff.; guter Überblick über den derzeitigen Meinungsstand bei AG Bonn v. 20.3.1967 (NJW 1967, 1480 f.); vgl. auch Renck JUS 1967, 545 ff..

70) Ebenso Hohenester NJW 1961, 1614; ders. BB 1962, 237; Harthun DAR 1961, 249; unklar, weil ungenau, Greß SKV 1967, 125.

Denn diese kann sich allenfalls auf die Leitung des Verkehrs durch Farbzeichen überhaupt beziehen. Deren Betätigung stellt sich aber nicht wie die Absperrung und die Kennzeichnung von Arbeitsstellen (gem. § 3 III a 1 StVO) und die Kennzeichnung von gesperrten Straßen und Umleitungen (gem. § 3 III a 2 (2. Halbsatz) StVO) lediglich als technische Durchführung einer behördlichen Anordnung, die als reine Tathandlung rechtneutral ist, und damit nicht nur als staatliche Indienstnahme dar⁷¹⁾, sondern der konkrete Erlaß des Verwaltungsaktes liegt allein im Ermessen des Bauunternehmers bzw. dessen Angestellten, die je nach der Verkehrslage die Erlaubnis zur Durchfahrt der Baustrecke oder das Gebot zum Anhalten an die betroffenen Verkehrsteilnehmer erteilen.

IX. Jagdschutzberechtigte (Jagdausübungsberechtigte und bestätigte Jagdaufseher)

Als weiteres Beispiel beliehener Privatpersonen werden zutreffend auch die bestätigten Jagdaufseher genannt⁷²⁾, denen die Rechte der Polizeibeamten gem. § 25 II BjagdG⁷³⁾ übertragen sind. Die zur Ausübung des Jagdschutzes berechtigten Personen haben in Angelegenheiten des Jagdschutzes Rechte und Pflichten der Polizeibeamten (§ 25 II BjagdG). Diese Rechte werden in den Landesjagdgesetzen mit geringfügigen Abweichungen übereinstimmend dahin konkretisiert, daß die Jagdschutzberechtigten befugt sind, Personen, die in einem Jagdbezirk unberechtigt jagen oder eine sonstige Zuwiderhandlung gegen jagdrechtliche Vorschriften begehen oder außerhalb der zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Wege zur Jagd ausgerüstet betroffen werden, anzuhalten, ihnen gefangenes oder erlegtes Wild, Schuß- oder sonstige Waffen, Jagd- und Fanggeräte, Hunde, Frettchen abzunehmen und ihre Person festzustellen; schließlich haben sie auch das Recht, wildernde Hunde und Katzen abzuschießen. Nach § 11 Nr. 3 nWUZwG haben die bestätigten Jagd-

71) Vgl. dazu oben § 2 III, S. 70 ff./83 ff.

72) Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363; Obermayer, Grundzüge S. 16; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 82; Brand, Diss. S. 29; Frantzen, Diss. S. 29; Greß SRV 1967, 125.

73) BundesjagdG idF v. 30.3.1961 (BGBl. I S. 304).

aufseher (aber nur diese) das Recht zum Schußwaffengebrauch. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß diese Rechtsmacht über die zivilrechtlichen Abwehrrechte weit hinausgeht und die jagdschutzberechtigten Personen daher i n s o w e i t mit spezifisch staatlichen Verwaltungsbefugnissen beliehen sind.

Dagegen werden die Jagdausübungsberechtigten selbst niemals als Beliehene angesehen, obwohl sie in den gesetzlich gezogenen Grenzen ebenfalls zur Ausübung staatlicher Befugnisse ermächtigt sind. Freilich scheint der Wortlaut des § 25 BJagdG dagegen zu sprechen, da zwar gem. § 25 I dem Jagdausübungsberechtigten der Jagdschutz zusteht, jedoch gem. § 25 II nur dem bestätigten Jagdaufseher expressis verbis Polizeigewalt übertragen wird. Einer Auslegung dieser Regelung in dem Sinne, daß nur den bestätigten Jagdaufsehern, nicht dagegen auch den Jagdausübungsberechtigten spezifisch staatliche Verwaltungsaufgaben und -befugnisse übertragen sind, kann jedoch nicht zugestimmt werden. Denn gem. § 25 BJagdG und den landesrechtlichen Vorschriften⁷⁴⁾ ist neben den öffentlichen Stellen der Jagdausübungsberechtigte, sofern er Inhaber eines Jagdscheines ist, berechtigt und verpflichtet, den Jagdschutz auszuüben. Grundsätzlich kann er diesen allein ausüben und hat einen Jagdaufseher nur dann zu bestellen, wenn die untere Jagdbehörde dies verlangt⁷⁵⁾. Würden nun die für die Ausübung des Jagdschutzes vorgesehenen hoheitlichen Rechte nicht auch auf den Jagdausübungsberechtigten übertragen, wäre für diesen die Ausübung des Jagdschutzes überhaupt unzumutbar, da den erforderlich werdenden Maßnahmen sowohl die gesetzliche Grundlage als auch die staatliche Autorität fehlen würde. In Klarstellung des § 25 BJagdG haben daher die Landesjagdgesetze ausgesprochen, daß bestimmte staatliche (polizeiliche) Befugnisse den zur Ausübung

74) Art. 28 bayJagdG idF v. 18.7.1962 (GVBl. S. 131); § 24 bw LandesjagdG v. 15.3.1954 (GBI. S. 35); § 25 hessAusführungsg z. JagdG idF v. 5.4.1962 (GVBl. S. 233); § 22 nw LandesjagdG v. 26.5.1964 (GV.NW.S. 177); § 11 schlh JagdG v. 13.7.1953 (GVObI. S. 77).

75) Art. 30 IV bayJagdG; § 25 II hessJagdG; § 19 ndsLandesjagdG v. 10.6.1963 (GVBl. S. 289); § 23 II nwLJG; § 11 II schlhJagdG.

des Jagdschutzes berechtigten und verpflichteten Personen zuste-
hen, also auch dem Jagdausübungsberechtigten⁷⁶⁾, so daß dieser
damit in dem aufgezeigten Rahmen ebenfalls Beliehener ist⁷⁷⁾.

X. Feld- und Forsthüter

In gleicher Weise wie die Jagdschutzberechtigten sind auch die
für den Feld- und Forstschutz im Dienst einer Gemeinde oder eines
privaten Grundbesitzers stehenden Personen, die sog. Feld- und
Forsthüter (-aufseher), auch Forstschutzbeauftragte genannt, mit
staatlichen Aufgaben beliehene Private. Bereits die §§ 58 ff.
Preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz⁷⁸⁾ bestimmen, daß die für den
Feld- und Forstschutz angestellten Personen zu den niederen Po-
lizeibeamten gehören und deren Pflichten und auch Rechte haben.
Diese besonderen Befugnisse standen darüber hinaus auch Ehren-
feldhütern zu, die aus der Zahl ihrer Mitglieder zu wählen den
Gemeinden freistand (§ 60).

Entsprechende Regelungen finden sich heute in landesrechtlichen
Vorschriften. Gem. § 17 ndsFFordG⁷⁹⁾, § 30 nwFFSchG⁸⁰⁾ und § 29
bayFoStG⁸¹⁾ haben Forst- und Feldhüter innerhalb ihres Bezirks
bei der Durchführung ihrer Aufgaben zum Schutze der Ordnung in
Feld und Forst die Befugnisse von Polizeibeamten, obgleich ihre
Stellung lediglich auf privatrechtlichem Dienstverhältnis beruht
und sie nicht in den öffentlichen Dienst einbezogen werden⁸²⁾.

-
- 76) Art. 29 bayJagdG; § 23 I bwLJG; § 24 I hessJagdG; § 18
ndsLJG; § 22 II nwLJG; § 10 II schlhLJG. - Gem. den §§ 9 ff.
hessUZwG und dem § 3 I nwUZwG (Ziff. 19) sind sie den Poli-
zeibeamten bzw. den Vollzugsdienstkräften gleichgestellt,
haben jedoch nicht wie die gem. § 23 III nwLJG bestätigten
Jagdaufseher das Recht zum Schußwaffengebrauch bei der An-
wendung unmittelbaren Zwanges.
- 77) Im Ergebnis ebenso Schweikert, Diss. S. 45.
- 78) idF der Bekanntgabe v. 21.1.1926, abgedruckt bei von Brau-
chitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, 2. Bd. 2. Halbb.
Berlin 1932, S. 314 ff.
- 79) NdsFeld- und ForstordnungsG v. 23.12.1958 (GVBl. Sb.I S.498).
- 80) NwFeld- und ForstschutzG v. 25.6.1962 (GV.NW.S. 357).
- 81) BayForststraFG v. 9.7.1965 (GVBl. S. 117).
- 82) Sie sind jedoch nicht in § 3 I nwUZwG - anders als Fischerei-
aufseher und Jagdaufseher - als Vollzugsdienstkräfte aufge-
führt.

Im Rahmen der Wahrnehmung dieser Aufgaben haben sie daher den Status von Beliehenen⁸³⁾.

XI. Amtlich verpflichtete Fischereiaufseher

Aus den gleichen Gründen und in gleichem Umfange wie bei den Jagdschutzberechtigten und den Feld- und Forsthütern sind auch die amtlich verpflichteten Fischereiaufseher Beliehene, obgleich auch sie nicht im öffentlichen Dienst stehen, sondern ihr Anstellungsverhältnis nur privatrechtlicher Natur ist. Denn sobald sie durch den Fischereiberechtigten oder den Fischereipächter zum Fischereiaufseher bestellt und sodann amtlich bestätigt sind, sind sie befugt, zur Verhinderung strafbarer Handlungen nach den Fischereigesetzen jederzeit die beim Fischfang gebrauchten Geräte, die Fische und die Fanggeräte in Fischereifahrzeugen sowie Fischbehälter in offenen Gewässern zu untersuchen⁸⁴⁾, und üben damit als Privatrechtssubjekte spezifisch staatliche Verwaltungstätigkeit aus⁸⁵⁾.

XII. Börsenvorstände

Als weiterer Fall einer Beleihung sind die Börsenvorstände zu nennen, denen gem. § 8 II 1 BörsG⁸⁶⁾ die Handhabung der Ordnung in den Börsenräumen obliegt. Diese sog. "Börsenpolizei" umfaßt die Befugnis, alle Maßnahmen zu treffen, die notwendig sind, um die Ordnung des Börsenverkehrs aufrechtzuerhalten. Der Börsenvorstand ist daher befugt, alle Personen, welche die Ordnung oder den Geschäftsverlauf an der Börse stören, sofort aus den Börsenräumen

-
- 83) Im Ergebnis ebenso Hans J. Wolff VR II § 104 I, b, S. 363; Brand, Diss. S. 13; vgl. auch Scheer, Niedersächsisches Feld- und Forstrecht S. 94 ff.; Löns, Feld- und Forstschutzgesetz § 30 Anm. 5 ff.; Greß SKV 1967, 125.
- 84) §§ 119 VII, 123 preuß. FischereiG v. 11.5.1916 (GS. S. 55), als Landesrecht fortgeltend in NW; § 73 hess. FischereiG v. 11.11.1950 (GVBl. S. 255); § 86 bay. FischereiG v. 15.8.1908 (BayBS IV S. 453) m. Änd..
- 85) Im Ergebnis ebenso Greß SKV 1967, 125.
- 86) BörsenG v. 22.6.1896 (RGL. I S. 157) idF der Bekanntgabe v. 27.5.1908 (RGL. S. 215) m. Änd..

zu entfernen und sie mit zeitweiligem Ausschluß von der Börse zu bestrafen oder sie mit einer Geldbuße zu belegen, § 8 II 2 BörsG. Diese Ordnungsgewalt ist - unabhängig davon, ob es sich um eine Kammerbörse oder um eine Vereinsbörse handelt - nicht nur Ausfluß des Hausrechtes des Trägers der Börse. Dessen Aufgaben und Befugnisse beschränken sich auf die Verwaltung der äußeren Börsenangelegenheiten, während für die innere, administrative Verwaltung der Börse in der Regel eigene Börsenorgane, namentlich die Börsenvorstände, zuständig sind. Der Börsenvorstand ist jedoch nicht von dem Träger der Börse eingesetzt und leitet auch von diesem keinerlei Befugnisse ab. Vielmehr ist der Börsenvorstand auf Grund des Börsengesetzes mit den börsenleitenden Aufgaben und Befugnissen betraut und insoweit vom Gesetzgeber mit Polizeigewalt ausgestattet, um sicherzustellen, daß die Börse in geordneter und zweckmäßiger, den Interessen der Allgemeinheit und der Börsenbesucher entsprechenden Weise funktioniert. Gleichwohl ist der Börsenvorstand kein Organ des Staates oder einer anderen Juristischen Person des öffentlichen Rechts, sondern er bleibt eine privatrechtliche Einheit, der lediglich durch Gesetz die genannten spezifisch staatlichen Aufgaben und Befugnisse zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Börse übertragen sind. Der Börsenvorstand ist daher auch *i n s o w e i t* ein typischer Fall des Beliehenen⁸⁷⁾.

XIII. Beauftragte Personen iSd § 4 II 2. VerstromG

Soweit es erforderlich ist, die Einhaltung des 2. VerstromG⁸⁸⁾

87) In diesem Sinne auch Göppert, Zulassung S. 19 ff.; 35 ff.; ders., Das Recht der Börsen S. 190 f.; Meyer-Bremer BörsG § 8 Anm. 3; E.R. Huber WiVR I S. 633 ("beliehene Stelle", S. 632); vgl. auch Elle ZHR Bd. 128, 273 ff.. - Nicht zuzustimmen ist dagegen E.R. Huber WiVR I S. 618, soweit er ausführt, der Träger der Börse werde mit der Genehmigung zum "beliehenen Börsenunternehmer". Denn der Umstand, daß dieser mit der Genehmigung ein subjektives öffentliches Recht auf die Veranstaltung der Börse erlangt, bedeutet keine Beleihung mit "hoheitlichen Befugnissen" (so aber S. 533 f.). Die Genehmigung iSd § 1 I 1 BörsG ist vielmehr nur die schlichte Erlaubnis einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Ihre Besonderheit besteht lediglich darin, daß sie gleichzeitig die Übertragung polizeilicher Aufgaben auf den zu bildenden Börsen v o r s t a n d enthält, der a l l e i n diese Befugnisse dann als Beliehener ausübt; vgl. Meyer-Bremer a.a.O. § 1 Anm. 2.

88) Gesetz zur Sicherung des Steinkohleneinsatzes in der Elektrizitätswirtschaft - Zweites VerstromungsG - v. 5.9.1966 (BGBl. I S. 544).

zu überwachen, dessen erklärter Zweck "die Erhaltung eines angemessenen Anteils der Gemeinschaftskohle an der Erzeugung elektrischer Energie" ist (§ 1 I 1), kann das Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft von demjenigen, der ein Kraftwerk betreibt, die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Unterlagen verlangen (§ 4 I). Mit dem Einholen dieser Information kann das Bundesamt auch Privatpersonen beauftragen, die dann befugt sind, die gewerblichen Grundstücke und Geschäftsräume des Auskunftspflichtigen zu betreten, dort Besichtigungen vorzunehmen und in die geschäftlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen (§ 4 II). Da diese Befugnisse obrigkeitlicher Natur sind und von einem Privatrechtssubjekt nur kraft staatlicher Ermächtigung rechtswirksam ausgeübt werden können, ist der Beauftragte im Rahmen dieser Tätigkeit Beliehener⁸⁹⁾.

XIV. Notare und Notariatsverweser im Rahmen der Beurkundungstätigkeit und der Eidesabnahme

"Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt" (§ 1 BNotO⁹⁰⁾). Aus dieser Bestimmung, welche die Aufgaben und die Stellung des Notars umschreibt, wird gefolgert, alle dem Notar übertragenen Aufgaben seien Ausfluß der staatlichen Gewalt. Der Notar übe demgemäß in a l l e n seinen Funktionen staatliche, "ihrem Wesen nach hoheitliche" Tätigkeit aus⁹¹⁾. Der Notar müßte nach dieser Meinung in allen seinen Betätigungsformen Beliehener sein⁹²⁾. Gegen diese summarische Beurteilung bestehen aber Bedenken.

Unstreitig ist zwar die in § 1 BNotO besonders hervorgehobene und in den §§ 21, 22 BNotO näher konkretisierte Beurkundungstätig-

89) Heinze, Gesetz § 4 Rdn. 7.

90) Bundesnotarordnung v. 24.2.1961 (BGBl. I S. 97).

91) So Römer, Notariatsverfassung S. 14 f.; Feyock JurJb 1, 163 f.

92) Vgl. Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 363; Brand, Diss.S. 13; Frantzen, Diss. S. 27, wo der Notar ohne jede Einschränkung als Beliehener bezeichnet wird, wenngleich auch eine Begründung für diese Auffassung fehlt.

keit des Notars eine spezifisch staatliche Aufgabe⁹³⁾. Denn die Befugnis, öffentliche Urkunden, d.h. Urkunden mit öffentlichem Glauben und Beweiserheblichkeit für und gegen jedermann (vgl. §§ 415 I, 418 I, 437 ZPO), herzustellen, wird von der Handlungsfähigkeit des Privaten generell nicht umfaßt. Ohne Beleihung mit dieser besonderen Rechtsmacht kann diese Tätigkeit daher nicht rechtswirksam ausgeübt werden. Wie Römer zutreffend bemerkt, ist eine Beurkundung ohne diese öffentlich-rechtliche Befugnis als solche "nicht existent", weil die ihr beigelegten Rechtswirkungen nicht eintreten können, wenn jene Befugnis fehlt⁹⁴⁾. Dies gilt ebenso für die Befugnis zur Abnahme von Eiden und zur Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen (§ 22 BNotO), zur Wahrnehmung von Aufgaben auf dem Gebiete des Nachlaßwesens (§ 20 IV BNotO)⁹⁵⁾ sowie zum Versehen der Ausfertigung der Kostenrechnung (vgl. § 154 KostO⁹⁶⁾) mit der Vollstreckungsklausel (gem. § 155 KostO). Im Rahmen d i e s e r Befugnisse handelt der Notar daher als Beliehener⁹⁷⁾.

93) Ebenso BVerfG v. 5.5.1965 (E 17, 371/376).

94) Notariatsverfassung S. 15.

95) Vgl. BVerfG a.a.O. - Soweit das BVerfG die Qualifizierung dieser Tätigkeiten als "originäre Staatsaufgaben" auch auf die freiwillige Versteigerung insbesondere von Grundstücken (§ 20 III BNotO) ausdehnt, kann ihm freilich nicht gefolgt werden. Insofern macht nämlich schon § 34 b GewO ganz deutlich, daß es sich bei der Versteigerungstätigkeit um eine ausschließlich private Tätigkeit handelt, die lediglich einer Berufszulassungsregelung in Form einer Erlaubnis (Abs. 1) bzw. einer besonderen Erlaubnis (Abs. 2) unterworfen ist. (Zur Abgrenzung dieser von der Beleihung vgl. oben § 2 I, S. 70 ff.). § 20 III BNotO ist lediglich eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 34 b GewO insofern, als der Notar der dort für die Ausübung des Versteigerungsgewerbes sonst generell geforderten Erlaubnis bzw. besonderen Erlaubnis für die von ihm vorgenommenen Versteigerungen nicht bedarf (vgl. auch Seybold-Hornig BNotO § 20 Rdn. 25-29).

96) Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) idF v. 20.12.1967 (BGBl. I S. 1246).

97) Diese notwendige Einschränkung wurde bei der Qualifizierung des Notars als Beliehener - soweit ersichtlich - bisher noch nicht genügend berücksichtigt. - Nicht Beliehener, sondern Beamter ist der Notar in Baden-Württemberg, und zwar im OLG-Bezirk Karlsruhe ausschließlich, im OLG-Bezirk Stuttgart die Bezirksnotare; vgl. Seybold-Hornig BNotO § 3 Rdn. 14 u. 15.

Nicht überzeugend ist dagegen die Meinung, die mit der Beurkundungstätigkeit obligatorisch verbundenen Belehrungs- und Beratungsaufgaben seien ebenfalls wesensmäßig staatlich⁹⁸⁾. Vielmehr handelt es sich hier um schlichte Tathandlungen, die keinerlei Rechtswirkungen haben, mögen sie nun vom Staat oder von Privaten ausgeübt werden. Sie setzen mithin auch kein besonderes rechtliches Können voraus, so daß es einer Beleihung zur Ausübung dieser Tätigkeiten nicht bedarf. Das läßt sich auch aus § 24 BNotO folgern, wonach anzunehmen ist, daß ein Notar, der zugleich Rechtsanwalt ist, die Betreuungs- und Belehrungspflicht nur dann als Notar ausübt, wenn sie im Zusammenhang mit seinen in den §§ 20-24 BNotO umschriebenen Tätigkeiten stehen, daß er im übrigen aber als Rechtsanwalt tätig wird. Das heißt aber, daß die Betreuungs- und Belehrungstätigkeit in gleicher Weise von einem Rechtsanwalt ausgeübt werden kann. Folgerichtig müßten Römer und Feyock daraus schließen, daß auch der Rechtsanwalt insoweit hoheitliche Aufgaben wahrnimmt. Beide stimmen aber darin überein, daß der Unterschied von Notar und Rechtsanwalt gerade darin liege, daß nur der Notar staatliche Funktionen wahrnehme⁹⁹⁾. Ihre Meinung, daß auch die Betreuungs- und Belehrungstätigkeit des Notars Wahrnehmung staatlicher Funktionen sei, ist danach allerdings widersprüchlich.

98) Römer, Notariatsverfassung, S. 14 f.; Feyock JurJb 1, 163 f.

99) Römer, Notariatsverfassung S. 45 ff.; Feyock JurJb 1, 163 f.- Bei der Betreuungs- und Beratungstätigkeit des Notars und des Rechtsanwalts handelt es sich daher um g l e i c h w e r t i g e Tätigkeiten, und zwar nicht-staatlichen Charakters. Die Unterscheidung, ob sie vom Notar oder vom Anwalt ausgeübt werden, ist gleichwohl nicht unerheblich, da der Notar auch bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben teilweise anderen Bestimmungen als der Anwalt unterliegt. Im Gegensatz zum Anwalt haftet nämlich er nur nach Amtshaftungsgrundsätzen (§ 19 BNotO), der Anwalt dagegen nach Vertragsgrundsätzen; die Notargebühren richten sich nach der KostO, die Anwaltsgebühren nach der Rechtsanwaltsgebührenordnung; schließlich treibt der Notar die Kosten durch unmittelbare Vollstreckung ein (§ 155 KostO), während der Anwalt klagen muß. Bei Anwaltsnotaren (§ 3 II BNotO) und Notaranwälten (§ 3 III BNotO) ist daher trotz der Gleichwertigkeit der Beratungstätigkeit jeweils genau zu unterscheiden, ob sie als notarische oder als anwaltliche anzusehen ist. § 24 II BNotO stellt insofern eine Rechtsvermutung auf. - Vgl. Seybold-Hornig BNotO § 24 Rdn. 11 ff.

Die Funktionen des Notars müssen also differenzierend beurteilt werden. Wie in § 1 BNotO klargestellt ist, ist die Beurkundungstätigkeit die wichtigste Aufgabe des Notars. Zusammen mit der Befugnis zur Abnahme von Eiden und zur Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen sowie zur Wahrnehmung von Aufgaben auf dem Gebiete des Nachlaßwesens bildet sie denjenigen Teil der Tätigkeit des Notars, der eine Beleihung zur Voraussetzung hat¹⁰⁰⁾. Das gilt dagegen nicht für die Aufgaben der notariellen Rechtsbetreuung und -beratung, mag diese Tätigkeit auch zu seiner Amtstätigkeit gehören. Insoweit handelt es sich lediglich um Pflichten des Notars, die vom Gesetzgeber besonders normiert worden sind¹⁰¹⁾.

Mit der aufgezeigten Beschränkung ist Beliehener auch der N o t a r i a t s v e r w e s e r. Er ist nicht nur Vertreter, sondern Träger eines eigenen öffentlichen Amtes, das dieselben Befugnisse beinhaltet wie das Notaramt, nur mit dem Unterschied, daß es von vornherein zeitlich begrenzt ist (§ 57 BNotO)¹⁰²⁾.

Die Ausführungen zur Rechtsstellung des Notars machen zugleich auch deutlich, daß der R e c h t s a n w a l t kein Beliehener sein kann. Der Rechtsanwalt ist der berufene Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten (103). Er übt damit eine Tätigkeit

100) So zutreffend Seybold-Hornig BNotO § 20 Rdn. 2. In diesem Sinne wohl auch BVerwG v. 27.8.1961 (DNotZ 1962, 149/150), wenn es betont, der Notar übe "vornehmlich" hoheitliche Befugnisse aus. Der Begriff "Beliehener" wird in diesem Zusammenhang jedoch an keiner der zitierten Stellen verwendet.

101) Seybold-Hornig, BNotZ § 20 Vorb. 3; vgl. auch Bachof GR III/1 S. 184 Fußn. 115, der ganz allgemein nur die Rechts p f l e g e, nicht die Rechts b e r a t u n g als "staatliche Funktion" ansieht.

102) Keine Beliehenen sind entgegen Böckenförde, Organisationsgewalt S. 150 Fußn. 51, und Hans J. Wolff VR II § 76 I d, S. 79, die W a h l k o n s u l n. Sie sind Ehrenbeamte (§ 5 BBG, § 7 VO über die Rechtsverhältnisse der Wahlkonsuln v. 8.7.1937 (RGBl. I S. 765); man beachte auch § 177 BBG; ebenso insoweit übrigens Hans J. Wolff VR II § 110 II b 1, S. 401; Beleihung und Beamtenverhältnis, ohne Rücksicht auf dessen Art, sind aber zu unterscheiden, Hans J. Wolff VR II § 104 I e, S. 365, ferner in dieser Arbeit oben § 2 V.

103) § 3 I Bundesrechtsanwaltsordnung - BRAO - v. 1.8.1959 (BGBl. I S. 565).

aus, die - wie soeben dargelegt - nicht spezifisch staatlicher Natur ist. An dieser Feststellung kann sich auch dadurch nichts ändern, daß der Rechtsanwalt in § 1 BRAO als unabhängiges "Organ der Rechtspflege" bezeichnet wird. Diese Bezeichnung ist nämlich, worauf schon Beling hingewiesen hat (104), irreführend. Die Rechtspflege als solche hat gar keine Organe, sondern sie wird durch den Staat betätigt, der seinerseits dafür "Organe" hat. Ein Staatsorgan ist aber der Rechtsanwalt sicherlich nicht, wie sich auch aus § 2 I BRAO ergibt; der Rechtsanwalt übt danach vielmehr einen freien Beruf aus (105). Allerdings stehen die dem Rechtsanwalt zugewiesenen Aufgaben in engem Zusammenhang mit spezifisch staatlichen Aufgaben. Denn der Rechtsanwalt ist berufen, im Zusammenwirken mit den staatlichen Organen, insbesondere denen der Rechtsprechung, der Rechtsverwirklichung zu dienen; in diesem Sinne ist er an der Rechtspflege beteiligt (106). Aber wie bereits im Verlaufe dieser Untersuchung wiederholt hervorgehoben wurde, kann eine private Tätigkeit allein wegen ihres engen Sachzusammenhangs mit spezifisch staatlichem Handeln nicht auch selbst zu einer spezifisch staatlichen Tätigkeit umfunktio- niert werden. Entscheidend muß vielmehr auch hier sein, ob dem Rechtsanwalt über sein zivilrechtliches Können hinaus eine Rechts- macht eingeräumt ist, kraft derer er - ähnlich wie der Notar - bestimmte Aufgaben und Befugnisse wahrnehmen kann, die grundsätz- lich nur dem Staate zustehen. Das ist nicht der Fall. Denn auch soweit der Rechtsanwalt zur Vornahme bestimmter Prozeßhandlungen berechtigt ist, die andere Privatpersonen nicht rechtswirksam vornehmen können (vgl. § 78 ZPO), handelt es sich gleichwohl nicht um die Verleihung einer besonderen Rechtsmacht, vielmehr sind diese privatrechtlichen Tätigkeiten vom Staat diesem Berufsstand zur alleinigen und ausschließlichen Ausübung anvertraut worden (107). Die Tätigkeit des Rechtsanwalts ist daher insgesamt pri- vatrechtlicher Natur. Der Anwaltsberuf ist jedoch durch die ihm eigene öffentlich-rechtliche Pflichtigkeit gekennzeichnet, die seine Träger in besonderem Maße gegenüber dem Staat und der All- gemeinheit zu gewissenhafter Ausübung verpflichtet. Er ist daher als sog. staatlich gebundener Beruf zu qualifizieren (108).

XV. Schiedsmänner im Rahmen der Ausübung der Rechte von Beamten

Zur Sühneverhandlung über streitige Rechtsangelegenheiten ist für jede Gemeinde ein Schiedsman zu bestellen (§ 1 I SchO)¹⁰⁹. Seine Aufgabe ist es, eine gütliche Schlichtung streitiger Rechts-

104) LZ 1927, 518.

105) BVerfG v. 5.5.1965 (E 17, 371/380).

106) Karlsbach BRAO § 1 Rdn. 1 ff.; Bülow BRAO § 1 Anm.2.

107) Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 80; aA. G. Jellinek, System S. 110, 249.

108) Vgl. dazu Näheres oben § 2 IV S. 85 ff.

109) Schiedsmannsordnung idF v. 3.12.1924 (preuß.GS. S. 751). Diese ist in den meisten Ländern mit teilweise geringfügigen Än- derungen übernommen worden und soll daher hier zugrunde ge- legt werden.

angelegenheiten herbeizuführen, ohne aber zu einer Entscheidung irgendwelcher Art berufen zu sein. Er ist weder Richter noch auch Schiedsrichter (§ 8 GAnw¹¹⁰⁾).

Soweit bereits aus dieser Tätigkeit auf die Stellung des Schiedsmanns als Beliehener geschlossen wird¹¹¹⁾, kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Die Tätigkeit, zwischen zwei streitenden Parteien zu vermitteln mit dem Ziel, die Differenzen, die zwischen ihnen bestehen, durch Vergleich beizulegen, hat als solche keinen spezifisch staatlichen Charakter. Es kann insofern nicht übersehen werden, daß die Tätigkeit des Schiedsmannes ihrem Inhalt und ihrer Zielsetzung nach mit der des Schiedsrichters durchaus vergleichbar ist. Zwar unterscheiden sich der Schiedsrichter und der Schiedsmann dadurch, daß der Schiedsrichter von den Parteien selbst berufen wird (vgl. § 1028 ZPO), während der Schiedsmann gem. § 3 SchO durch die Gemeindevertretung gewählt und damit unabhängig von dem Willen der Parteien bestimmt wird. Aber das vermag an der Gleichartigkeit und der Gleichwertigkeit ihrer Aufgaben nichts zu ändern. Die Erfüllung dieser Aufgabe, zu der sowohl der Schiedsrichter als auch der Schiedsmann primär berufen sind, setzt aber keine besondere rechtliche Befähigung voraus, die über ihr privatrechtliches Können hinausgeht. Insoweit kann auf das zur Schiedsgerichtsbarkeit Gesagte Bezug genommen werden¹¹²⁾.

Während der Staat jedoch das gesamte Schiedsverfahren grundsätzlich dem Parteiwillen überläßt, ist das Verfahren vor dem Schiedsmann weitgehend geregelt (vgl. die §§ 12 ff., 33 ff. SchO). Dem Schiedsmann sind insofern auch für die Ausübung seines Amtes im Gegensatz zu dem Schiedsrichter die Rechte der Beamten übertragen (§ 6 SchO), ohne daß er damit selbst Beamter oder Ehrenbeamter im staatsrechtlichen Sinne wird¹¹³⁾. Er ist befugt, gegen eine unentschuldigt ausbleibende Partei eine Ordnungsstrafe festzusetzen und damit Erscheinungszwang auszuüben (§§ 22, 39 SchO). Zur

110) Geschäftsanweisung für die Schiedsmänner vom 13.1.1925 (preuß.JM I S. 63).

111) So offenbar Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364; Terrahe, Diss. S. 110 f.; Brand, Diss. S. 50 f.

112) Vgl. oben § 1 II 5 b. dd (a), S. 55 ff.

113) Hartung-Jahn SchO § 6 Anm. 1.

Ausübung eines weiterreichenden Zwanges gegen Parteien oder Zeugen ist er dagegen nicht befugt; ebensowenig ist ihm eine Sitzungs- polizeigewalt gegeben. In Ausübung seines Amtes ist er jedoch be- rechtigt, ein Amtssiegel zu führen und öffentliche Urkunden (vgl. §§ 415 I, 418 I 437 ZPO) auszustellen. Die rechtswirksame Ausübung d i e s e r Befugnisse wird von der allgemeinen zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit nicht umfaßt, sondern sie ist nur Hoheitssub- jekten möglich, Wenn dem Schiedsmann als Privatrechtssubjekt gleich- wohl diese Befugnisse zur selbständigen Wahrnehmung übertragen werden, so wird ihm damit eine Rechtsmacht verliehen, kraft derer er spezifisch staatliche Verwaltungstätigkeit in rechtlich rele- vanter Weise ausüben kann. Er ist daher auch i n s o w e i t Beliehener¹¹⁴⁾.

XVI. Träger staatlich anerkannter Privatschulen im Rahmen der Leistungsbewertung

Ob und in welchem Umfange die Träger anerkannter Privatschulen den Status des Beliehenen haben, ist in Rechtsprechung und Lehre in gleichem Maße umstritten. Das Problem wird fast ausnahmslos im Zusammenhang mit Fragen des Rechtsweges und der Rechtsnatur von Maßnahmen der äußeren und inneren Schulordnung behandelt¹¹⁵⁾. Entsprechend dem Ziel dieser Untersuchung soll insofern geprüft werden, ob dem Träger privater Ersatzschulen durch die staatli- che Anerkennung spezifisch staatliche Funktionen zur Wahrnehmung in eigenem Namen übertragen werden und gegebenenfalls welche.

Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Klärung der weiteren ab, ob das Schulwesen eine ausschließlich staatliche Angelegen- heit ist. Mit Weissensieder lassen sich für das Schulwesen vier Gestaltungsformen unterscheiden: das System des staatlichen Schul-

114) In diesem Sinne auch Hartung, Handbuch S. 229; Hartung-Jahn SchO § 6 Anm. 1; vgl. auch Wittmann SchsZtg. 1952, 182, der den Schiedsmann bei der Ausübung der Rechte der Beamten zu- treffend mit dem Bezirksschornsteinfegermeister bei der Feuer- stättenschau vergleicht.

115) Hierzu insb. Perschel RWS 1964, 321 ff.; Kullmann DÖV 1959, 569 f.; Eiselt RWS 1962, 1 ff.; Reuter BayVBl. 1959, 409 f.

116) Schulhoheit S. 230 ff.

monopols; das System prinzipieller Schulfreiheit; das System staatlicher Schulkonzession; schließlich das System bedingter Schulfreiheit, das Erlaubnissystem¹¹⁶⁾. Bei der Einordnung des deutschen Schulwesens in eine dieser Gruppen ist von Art. 7 I GG und den damit nahezu wörtlich übereinstimmenden Bestimmungen der Landesverfassungen auszugehen. Danach steht das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates¹¹⁷⁾.

Nach der nicht unbestrittenen, aber weitaus herrschenden Meinung wahrt Art. 7 I GG dem Staat die seit langem bestehende Herrschaft über das gesamte Schulwesen. Die "Aufsicht des Staates" iSd Art. 7 I GG und die "staatliche Schulhoheit" oder das "staatliche Herrschaftsrecht über das gesamte Schulwesen" werden insofern identifiziert¹¹⁸⁾. So führt beispielsweise Heckel aus, die Aufsicht des Staates iSd Art. 7 I GG sei "die gestaltende, verwaltende, steuernde und kontrollierende Ordnungstätigkeit des Staates dem gesamten Schulwesen gegenüber"¹¹⁹⁾. Ebenso hat das BVerwG festgestellt, daß der Begriff der Schulaufsicht nicht nur Aufsichtsrechte im engeren Sinne umfasse, sondern daß darunter "der Inbegriff der staatlichen Herrschaftsrechte über die Schule, nämlich die Gesamtheit der staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens zu verstehen ist"¹²⁰⁾. Die hessische Verfassung bestimmt in diesem Sinne ausdrücklich: "Das Schulwesen ist Sache des Staates" (Art. 56 I 2). Nach dieser Auffassung müßte folgerichtig der Privatschulträger schlechthin als Beliehener angesehen werden. Kein Vertreter der soeben zitierten herrschenden Meinung zieht jedoch - wie sogleich nachzuweisen sein wird - diese an sich zwingende Folgerung.

Gegen diese Interpretation des Begriffs "Aufsicht" iSd Art. 7 I

116) Schulhoheit S. 230 ff.

117) Art. 130 bayVf.; Art. 28 breVf.; Art. 17 II bwVf.; Art. 8 III 2 nwVf.; Art. 27 III 1 rhpfVf.; Art. 27 II 1 saarlVf.

118) Vgl. etwa v. Mangoldt-Klein GG Art. 7 Anm. III; Wernicke BK Art. 7 Erl. II 1 a; Brinkmann GG Art. 7 Anm. I 1 b; Schmidt/Bleibtreu-Klein GG Art. 7 Rdn. 8; Heckel-Seipp, Schulrechtskunde S. 91 ff.

119) Privatschulrecht S. 316.

120) Beschluß v. 28.12.1957 (E 6, 101/104); v. 31.1.1964 (E 18, 38/39); ebenso OVG Lüneburg v. 27.1.1954 (DVB1. 1954, 255/256); weitere Nachweise bei Perschel RWS 1962, 103 Fußn. 36.

GG wird geltend gemacht, Schulaufsicht und Schulhoheit könnten nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden. "Aufsicht" iSd Art. 7 I GG sage vielmehr nur, daß das gesamte Schulwesen im Einflußbereich der staatlichen Gewalt zu liegen habe. Die Schul- und Ordnungsgewalt des Privatschulträgers sei eine eigenständige, privatrechtlich strukturierte Gestaltungsmacht. Allein aus dem Umstand, daß Privatschulen gleiche oder ähnliche Aufgaben wahrnehmen wie die öffentlichen Schulen und sich auch der gleichen Vollzugsformen wie diese bedienen, könne man noch nicht folgern, daß hier öffentliche Aufgaben auf hoheitliche Art erfüllt würden. Das ändere sich auch nicht mit der Anerkennung der Privatschule als Ersatz für eine öffentliche Schule. Es sei daher abzulehnen, die anerkannte Privatschule der Rechtsfigur des Beliehenen zuzurechnen¹²¹⁾.

Bei der Klärung der Frage des Verhältnisses von Staat und Privatschulträger kann jedoch nicht - wie die wiedergegebenen Meinungen dies tun - von einer isolierten Betrachtung des Art. 7 I GG ausgegangen werden. Absatz 1 muß vielmehr im Zusammenhang mit der Privatschulgarantie der Absätze 4 und 5 des Art. 7 GG gesehen werden, um die Fragwürdigkeit der These aufzuzeigen, daß die Privatschule gleichwertig neben der öffentlichen Schule stehe¹²²⁾. Würde man dieser These folgen, so bliebe der Ersatzcharakter der Privatschule gegenüber der öffentlichen Schule unerklärlich. Weiterhin wäre es unverständlich, weshalb bei dem staatlichen Genehmigungsverfahren die Leistungen der Privatschule allein an denen der öffentlichen Schule gemessen werden¹²³⁾. Auch wäre zu fragen, aus welchen Gründen dann die Privatschule der Anerkennung bedarf, um nach den für öffentliche Schulen geltenden Vorschriften Prüfungen abnehmen und Zeugnisse erteilen zu können. Schließlich bliebe völlig offen, warum eine private Volksschule nur unter den erschwerten Voraussetzungen des Art. 7 V GG zugelassen werden soll¹²⁴⁾. Die Theorie der Gleichwertigkeit der öffentlichen und privaten Schule läßt sich somit kaum aufrechterhalten. Vielmehr ist mit der bereits skizzierten herrschenden Meinung zunächst

121) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 7 Rdn. 17 f., 90; Fuß VVDStRL 23, 205 ff.; H. Peters GR IV/1 S. 410 ff.

122) So aber Perschel RWS 1964, 325.

123) Art. 7 IV 3 (1. Halbsatz) GG; ebenso Art. 130 bayVf; Art. 8 IV nwVf; Art. 30 rhpfVf.

124) Ebenso Art. 134 III bayVf; Art. 8 IV nwVf.

davon auszugehen, daß der Staat trotz der irreführenden Formulierung in Art. 7 I GG allein die Schulhoheit innehat.

Staatliche Schulhoheit ist indes nicht zu verwechseln oder gleichzusetzen mit der schulischen Erziehungs- und Unterrichtstätigkeit schlechthin. Diese selbst ist vielmehr rechtlich neutral¹²⁵⁾. Deren Wahrnehmung durch Private zu dulden, ist der Staat verpflichtet (Art. 7 IV GG), einerseits um zu verhindern, daß er unter Berufung auf Art. 7 I GG jede private Erziehungs- und Unterrichtstätigkeit unterdrückt, andererseits um dem ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Elternrecht Rechnung zu tragen (Art. 6 II GG). Wie aus den entsprechenden Regelungen hervorgeht, ist damit jedoch weder eine Übertragung irgendwelcher Berechtigungen im Rahmen der staatlichen Schulhoheit noch eine Verpflichtung des Staates hierzu verbunden. Insofern ist Perschel daher zuzustimmen, wenn er meint, daß die privaten Schulträger mit ihrer Unterrichtstätigkeit keine staatlich verliehene, sondern eine eigene Aufgabe wahrnehmen, die folglich auch ihrer eigenen privatrechtlichen Gestaltungsmacht unterliege¹²⁶⁾. Der Unterschied zur öffentlichen Schule besteht jedoch darin, daß die von den Privatschulen erteilten Befähigungsnachweise (Zeugnisse, Diplome etc.) wegen der fehlenden Schulhoheit rechtlich insofern nicht relevant werden, als sie dem Betroffenen keine Berechtigungen verleihen (z.B. Zugang zu Fach- oder Hochschulen u.ä.), die mit den von öffentlichen Schulen erteilten Befähigungsnachweisen stets verbunden sind. Insoweit fehlt den Privatschulen die dazu erforderliche Berechtigung, weil sie - wie sich aus den verfassungsrechtlichen Bestimmungen ergibt - spezifisch staatlicher Natur ist und daher grundsätzlich nur vom Staat ausgeübt werden kann. Grundsätzlich sind daher die Träger der

125) AA. Evers VVDStRL 23, 189, der meint, Unterricht und Erziehung durch die Privatschule sei ein aus der Erziehungsgewalt der Eltern abgeleiteter Dienst am Kinde und damit privatrechtlicher Natur, während die Wahrnehmung der gleichen Funktion durch die öffentliche Schule Ausübung der Staatsgewalt sei. Bereits oben § 1 II 3 b cc S. 19 ist jedoch nachgewiesen worden, daß sich die Qualifizierung einer Tätigkeit als eine privatrechtliche oder eine staatliche allein nach ihrem Träger nicht bestimmen kann.

126) RWS 1964, 325; nicht zu billigen ist dagegen sein Ausgangspunkt, Art. 7 GG habe bereits das gesamte Schulwesen zwischen Staat und Privaten aufgeteilt.

Privatschulen auch nicht ohne weiteres Beliehene.

Andererseits besteht auch die Möglichkeit, auf private Schulträger staatliche Schulhoheit zu übertragen. Die Landesschulgesetze unterscheiden zwischen Ergänzungsschulen, die ein anderes Lehrziel verfolgen als die öffentlichen Schulen, und Ersatzschulen, die in ihren Lehrzielen vergleichbaren öffentlichen Schulen entsprechen¹²⁷⁾. Einer privaten Ersatzschule, die die Gewähr dafür bietet, daß sie dauernd die an gleichartige oder verwandte öffentlichen Schulen gestellten Anforderungen erfüllt, kann über die Genehmigung hinaus die Eigenschaft einer a n e r k a n n t e n Privatschule verliehen werden. Mit der Anerkennung erhält sie das Recht, wie öffentliche Schulen Prüfungen abzuhalten und Zeugnisse zu erteilen, also auch mit den gleichen rechtlichen Wirkungen¹²⁸⁾. Dieses Recht, das dem Privatschulträger nicht schon durch die Aufnahme des Schulbetriebes allein zukommt, bedarf der besonderen Beleihung. Mit der Anerkennung nimmt der Träger einer privaten Ersatzschule im Rahmen der Leistungsbewertung Funktionen wahr, die eigentlich nur dem Staat zustehen, und wird damit i n s o w e i t Beliehener¹²⁹⁾.

- 127) Art. 2, 9, 23 f bay Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen v. 9.3.1960 (GVBl. S. 19); § 4 bln PrivatschulG v. 13.5.1954 (GVBl. S. 286); §§ 3, 13 ff. bwPrivatschulG v. 23.3.1964 (GBI. S. 215); §§ 5, 12 hessPrivatschulG v. 27.4.1953 (GVBl. S. 57) §§ 3, 12 f. ndsPrivatschulG v. 12.7.1957 (GVBl. Sb. I S. 385); §§ 37, 45 nw Gesetz zur Ordnung des Schulwesens v. 8.4.1952 (GS.NW. S. 430) idF v. 5.3.1968 (GV. NW. S. 36).
- 128) Vgl. Art. 20 bayEUG; § 7 blnPSchulG; § 10 bwPSchulG; § 11 hessPSchulG; § 8 ndsPSchulG. - Nur in NW ist diese Anerkennung mit der Genehmigung als Ersatzschule bereits generell verbunden, § 37 V nwSchulG.
- 129) Im Ergebnis ebenso: BVerwG v. 18.10.1963 (E 17, 41/42); VG Kassel v. 21.9.1961 (RWS 1962, 246/247); Kullmann DÖV 1959, 569; Sofsky RWS 1962, 248; Perschel RWS 1964, 326; Menger VerwArch. Bd. Bd. 53, 280; Bd. 55, 279; Eiselt RWS 1964, 3; Heckel DÖV 1961, 788; Hans J. Wolff VR II § 104 I b S. 364 u. § 101 VIII b 1, S. 353; Bachof, Verfassungsrecht II Nr. 299; Evers JUS 1967, 259; Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 50, die unzutreffend allerdings jeder genehmigten privaten Ersatzschule die Rechtsstellung eines Beliehenen zuerkennen wollen. AA. BGH v. 29.5.1961 (DVB1. 1962, 70); H.H. Klein DÖV 1965, 759; H. Peters, Festschrift f. Nipperdey S. 888; Obermayer, Grundzüge, S. 13; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 7 Rdn. 90; Ule VwGO § 42 Anm. IV 1 h. S. 146.

§ 4. Stellung des Beliehenen in der Staatsorganisation

Die Überlegungen, wie das Rechtsinstitut der Beleihung in den Rahmen der Staatsorganisation einzuordnen ist¹⁾, haben von der Frage auszugehen, wie Zuständigkeiten für diese Organisation wahrgenommen werden. Insoweit muß auf eine zum Teil schon bei der Abgrenzung des Beliehenen von dem Beamten angesprochenen Problematik zurückgegriffen und diese vertieft werden²⁾. Es ist insofern bereits dargelegt worden, daß der Staat als subjektivierter Organisation weder willens- noch handlungsfähig ist, sondern dies erst durch seine Organe wird. Als institutionelles Subjekt von Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der Angelegenheiten dieser Organisation ist das Organ als solches aber rechtsfaktisch abhängig von Organwaltern, natürlichen Personen, die ihrerseits das Organ und damit die Organisation erst willens- und handlungsfähig machen. Rechtstechnisch liegt daher kein Handeln des Organwalters, sondern des Organs und damit der Organisation vor; der Organwalter ist insoweit Zurechnungsvertreter³⁾.

Im Schrifttum wird nun vereinzelt die Ansicht vertreten, der Beliehene trete in dieser Funktion nicht als Rechtssubjekt des Privatrechts, sondern als "öffentlich-rechtliches Organ" in Erscheinung⁴⁾, er sei mithin Zurechnungsvertreter. Dem kann indes nicht gefolgt werden. Im Gegensatz zum Staatsorgan, das erst durch organisatorischen Rechtssatz zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der Organisation Staat geschaffen wird, existiert der Beliehene bereits ohne diese besonderen Funktionen als rechts- und handlungsfähiges Privatrechtssubjekt. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß die Schaffung eines Organs von dem Zweck bestimmt ist, die Organisation handlungsfähig zu machen. Das bedingt zwangsläufig, daß das Organ gegenüber der Organisation keine rechtliche Eigenständigkeit gewinnt, sondern als nur ein Teil des Ganzen in diesem auch rechtlich aufgeht. Demgegenüber ist es

- 1) Vorwiegend unter diesem Aspekt wird der Beliehene in der Dissertation von Terrahe, Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, insb. S. 83 ff., behandelt.
- 2) Siehe oben § 2 V, S. 87 f.
- 3) Hans J. Wolff VR II § 74, S. 41 ff.
- 4) Obermayer, Verwaltungsakt S. 61; Sprengel JZ 1952, 139.

für den Beliehenen gerade typisch, daß er auch bei der Wahrnehmung spezifisch staatlicher Aufgaben seine rechtliche Eigenständigkeit nicht verliert und sein Handeln nicht der Organisation, sondern ausschließlich ihm selbst zugerechnet wird. Daraus folgt zunächst, daß der Beliehene *k e i n O r g a n* der Staatsorganisation ist. Im Gegensatz zu einem Organ ist der Beliehene daher im Rahmen seiner Funktionen der staatlichen Organisation auch nicht *e i n -*gegliedert, sondern nur *a n g e g l i e d e r t* ⁵⁾.

Der Beliehene ist auch nicht *O r g a n w a l t e r* irgendeines staatlichen Organs. Er kann deshalb nicht als Organwalter der Staatsorganisation gelten, um insofern in diese eingegliedert zu sein. Wenn damit gesagt wird, daß eine natürliche Person, die Organwalter eines staatlichen Organs ist, völlig in die staatliche Organisation eingegliedert wird und ihre rechtliche Eigenständigkeit insoweit verliert, widerspricht dies keineswegs der zuvor getroffenen Feststellung, der Beliehene als Privatrechtssubjekt wahre auch bei der Ausübung der spezifisch staatlichen Verwaltungsfunktionen seine rechtliche Selbständigkeit. Denn damit wurde nicht die Eingliederungsmöglichkeit eines Privatrechtssubjekts im Hinblick auf die von ihm ausgeübte Staatsfunktion in Frage gestellt; die Eingliederung ist vielmehr die fast ausnahmslose Regel. Entscheidend gegen die Stellung der beliehenen Privatpersonen als Organwalter spricht aber, daß sie *s e l b s t ä n d i g e r* Träger auch dieser ihr wesensmäßig fremden Aufgaben ist. Demgegenüber ist es für ein Privatrechtssubjekt in seiner Funktion als Organwalter gerade wesentlich, daß es in *d i e s e r* Eigenschaft seine rechtliche Eigenständigkeit verliert und sein Verhalten nicht ihm selbst, sondern ausschließlich dem Organ und damit der staatlichen Organisation zugerechnet wird, deren Aufgaben es wahrnimmt ⁶⁾.

Nachdem die vorstehende Erörterung ergeben hat, daß der Beliehene weder als Organ noch als Organwalter der Staatsorganisation gelten kann, ist nunmehr zu erörtern, ob er *V e r t r e t e r* des Staates ist. Vertretung läge dann vor, wenn das Verhalten des Beliehenen

5) Hans J. Wolff VR II § 74 I f 1 f, S. 43 ff.; § 74 II b 1, S. 50; Terrahe, Diss. S. 85 ff.

6) Hans J. Wolff VR II § 74 IV b 1, S. 52.

(Vertreters) kraft objektiven Rechts dem Staat oder einem sonstigen Träger hoheitlicher Verwaltung (Vertretenen) derart z u z u o r d - n e n wäre, daß der Vertretene aus dem Verhalten des Vertreters verpflichtet und berechtigt würde⁷⁾. Dagegen spricht nicht schon a priori der Umstand, daß der Beliehene in e i g e n e m Namen auftritt, der Vertreter dagegen grundsätzlich im Namen des Vertretenen handeln muß (§ 164 I 1 BGB). Denn nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes macht es für die rechtliche Wirkung keinen Unterschied, ob das Handeln des Vertreters expressis verbis im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß es in dessen Namen erfolgen soll (§ 164 I 2 BGB). Aber dieser Gesichtspunkt läßt gleichwohl die Qualifizierung des Beliehenen als Vertreter des Staates ausscheiden, weil der Beliehene weder ausdrücklich noch konkludent für den Staat auftritt, sondern allein in eigenem Namen und aus eigenem Recht, so daß bereits dadurch sein Verhalten nicht dem Staat zugeordnet werden kann. Darüber hinaus scheidet die Beurteilung als Vertretung auch deshalb aus, weil die Beleihung keine V e r t r e t u n g s macht beinhaltet. Mithin kann auch keine Parallele zwischen der Beleihung und dem "Geschäft wen es angeht" gezogen werden; denn dabei wird nur auf das Offenkundigkeitsprinzip der Vertretung, nicht dagegen auf das Vorliegen einer Vertretungsmacht verzichtet⁸⁾.

Die Stellung des Beliehenen in der Staatsorganisation ist somit als eine organisatorische Rechtsstellung sui generis anzusehen. Sie ist nach dem Ausgeführten dadurch gekennzeichnet, daß der Beliehene spezifisch staatliche Verwaltungsfunktionen rechtlich selbständig und in eigenem Namen wahrnimmt, und daß sein Handeln dem eigentlichen Funktionsträger Staat weder zuzurechnen noch zuzuordnen ist, mag er auch letztlich Rechte und Pflichten für diesen wahrnehmen.

Hans J. Wolff hat solche Personen, "denen durch organisatorischen Rechtsakt die Zuständigkeit eingeräumt ist, Angelegenheiten einer anderen Juristischen Person im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und in e i g e n e r rechtstechnischer T r ä g e r - s c h a f t wahrzunehmen" als "Glieder der staatlichen Organisa-

7) Hans J. Wolff VR I § 35 I a, S. 214/215.

8) Erman-Böhle/Stamschräder BGB § 164 Anm. 13.

tion" bezeichnet⁹⁾. Dieser Begriff soll hier übernommen werden. Zu unterscheiden ist dabei je nach dem Bezugssystem, in dem die wahrgenommenen Angelegenheiten fremde sind, zwischen "abhängigen" und "freien" Gliedern. Freie Glieder sind die Juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die insbesondere die Selbstverwaltungsangelegenheiten als "eigene" wahrnehmen, mögen diese auch letztlich staatliche Angelegenheiten sein. Abhängige Glieder sind dagegen diejenigen organisatorischen Personen, die Angelegenheiten einer übergeordneten Organisation a u f t r a g s w e i s e wahrnehmen¹⁰⁾. Diese Unterscheidung ist notwendig dadurch bedingt, daß die Selbstverwaltungskörper eigene Aufgaben wahrnehmen, für die sie geschaffen und bestimmt sind, der Beliehene dagegen Aufgaben erfüllt, die ihm seiner Natur nach wesensfremd sind¹¹⁾. Die nur auftragsweise und jederzeit widerrufliche Ausübung staatlicher Verwaltungsfunktionen durch den Beliehenen erklärt damit auch die nur lose Angliederung an die Staatsorganisation.

Zusammenfassend kann demnach für die organisationsrechtliche Stellung des Beliehenen festgestellt werden, daß er ein a b h ä n g i - g e s G l i e d d e r s t a a t l i c h e n O r g a n i - s a t i o n ist¹²⁾.

9) Organschaft II S. 252; ders. VR II § 74 II, S. 49 u. 51.

10) Hans J. Wolff VR II § 74 II b 1 u. 2, S. 49 f.

11) Vgl. auch die Ausführungen oben § 2 VI dieser Arbeit.

12) So unter ausdrücklicher Nennung des Beliehenen auch Hans J. Wolff VR II § 74 II b 1, S. 49; Terrahe, Diss. S. 96 ff.

2. Teil: Rechtsfragen der Beleihung

§ 5. Vollzug und Beendigung der Beleihung

Im Rahmen der Behandlung von Einzelfragen der Beleihung, die Gegenstand des 2. Teils dieser Untersuchung sein sollen, stellt sich zunächst die Frage nach der konkreten Vollziehung sowie der Beendigung der Beleihung. Ihre Beantwortung erfordert jedoch Klarheit über die Rechtsnatur des Beleihungsaktes selbst. Insofern ist es geboten, mit der Erörterung der rechtlichen Qualifizierung des Beleihungsaktes sowohl in materieller wie in formeller Hinsicht zu beginnen.

I. Rechtsnatur des Beleihungsaktes

1. Inhaltliche Qualifizierung des Beleihungsaktes

Im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Behandlung der Übertragung bestimmter staatlicher Zuständigkeiten oder Kompetenzen sind die Begriffe "Delegation", "Mandat", "Ermächtigung", "Belassung" oder "Überlassung" und "Autonomie" von besonderer Bedeutung. Wenngleich sich auch eine völlige terminologische Übereinstimmung nicht immer feststellen läßt, so kann doch immerhin der materielle Gehalt aller dieser Begriffe im wesentlichen als feststehend bezeichnet werden. Um zu überprüfen, ob der Beleihungsakt inhaltlich mit einem dieser Institute identisch ist, müssen diese daher zunächst hinsichtlich ihres Inhalts kurz dargestellt werden, um im Anschluß daran einen Vergleich mit dem Beleihungsakt vornehmen zu können. Auf Grund früherer Ausführungen¹⁾ ist es jedoch möglich, vorab den Begriff der (öffentlich-rechtlichen) "Autonomie" bereits an dieser Stelle für die weitere Untersuchung auszuklammern. Denn es ist insofern hinreichend geklärt worden, daß die Gewährung öffentlich-rechtlicher Autonomie oder Satzungsgewalt die Befugnis für Subjekte des öffentlichen Rechts beinhaltet, objektives Recht zu setzen, und weiterhin, daß ein Privatrechtssubjekt aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht Adressat einer solchen Gewährung sein kann. Der

1) Oben § 1 II 5 b aa, S. 39 ff.

Beleihungsakt kann daher inhaltlich jedenfalls nicht die Zuerkennung öffentlich-rechtlicher Autonomie sein.

Wichtig für das hier angesprochene Problem ist demgegenüber zunächst das Begriffspaar "Delegation - Mandat". Mit Triepel, der dem damit zusammenhängenden Fragenkreis eine noch heute richtungsweisende Untersuchung gewidmet hat, ist als Delegation jeder Rechtsakt zu verstehen, "durch den der Inhaber einer staatlichen oder gemeindlichen Zuständigkeit, also der Staat, die Gemeinde selbst oder eines der Staats-, der Gemeindeorgane seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt"²⁾. Delegation bedeutet Kompetenzverschiebung, sie ist zugleich Abschiebung und Zuschreibung einer Kompetenz³⁾ und bewirkt eine Änderung der objektiven Zuständigkeitsordnung⁴⁾. Der Delegatar erwirbt eine neue eigene Zuständigkeit und wird insofern im eigenen Namen und zu eigenem Recht tätig⁵⁾. Demgegenüber ist das Mandat ein Rechtsakt, "durch den der Inhaber einer Zuständigkeit einem anderen Subjekt die Vollmacht erteilt, seine, des Mandanten Kompetenz in seinem, des Mandanten Namen auszuüben"⁶⁾. Der Mandatar erhält also keine neue Kompetenz, und der Mandant verliert kein Stück von der seinigen. Der Mandatar ist echter Stellvertreter. Die vorhandene Kompetenzregelung bleibt daher unberührt⁷⁾.

Die "Ermächtigung" hat H. Peters zum Gegenstand einer besonderen Untersuchung gemacht⁸⁾. Er versteht darunter "die Übertragung von Befugnissen, kraft deren ein Staatsorgan im eigenen

2) Delegation S. 23.

3) Delegation S. 23, 51, 83.

4) Delegation S. 26.

5) Delegation S. 26; vgl. auch Fußnote 7.

6) Triepel, Delegation S. 26.

7) Triepel, Delegation S. 26; vgl. in diesem Sinne etwa H. Peters VR S. 53; Obermayer JZ 1956, 625 f.; Rasch DÖV 1957, 338, 339; Spanner DÖV 1962, 342, 343; v. Türens-Kraus VR S. 117, 119; Hans J. Wolff VR II § 72 II 2 S. 23 und § 72 IV 5, S. 24; Wingber-mühle, Diss. S. 8 f.; BVerwG v. 28.9.1961 (DÖV 1962, 340/341); zum Begriff der Delegation vgl. weiterhin auch Kuhne, Delegation s. 4 ff.; 30 ff.; Barbey, Diss. S. 62 ff..

8) Ermächtigung S. 840 ff..

Namen Maßnahmen treffen darf, die im Regelfall nach der Zuständigkeitsordnung einem anderen Machtträger zuständen"⁹⁾. Diese "die Normalordnung durchbrechende Machtverleihung a u ß e r h a l b der Regelzuständigkeit"¹⁰⁾ kennzeichnet aber - wie soeben nachgewiesen wurde - auch die Delegation. Wenn daher beide Begriffe ein und denselben rechtlichen Vorgang erfassen, mag es auch gestattet sein, sie gleichzusetzen und gleichbedeutend zu verwenden¹¹⁾. Die Ermächtigung im Sinne von H. Peters braucht daher auch nicht bei der Qualifizierung des Beleihungsaktes in materieller Hinsicht besonders berücksichtigt zu werden.

Schließlich ist noch der Begriff der "Überlassung" oder besser der "B e l a s s u n g" zu erläutern. Bei der Belassung handelt es sich weder um die Zuschreibung einer Kompetenz noch um die Bevollmächtigung zur Ausübung einer fremden Kompetenz, vielmehr wird durch den Akt der Belassung eine bereits vorhandene Zuständigkeitsordnung bestätigt¹²⁾. Insofern sei beispielsweise auf die Befugnis der Tarifpartner hingewiesen, die gemäß § 1 TVG gewisse Fragen durch "Rechtsnormen" regeln können. Denn der Gesetzgeber überträgt oder delegiert damit keinerlei Rechtsetzungskompetenzen auf die Sozialpartner, sondern er erkennt vielmehr in dieser Bestimmung die Befugnis der Tarifparteien an, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln; er "beläßt" ihnen die Tarifautonomie, wozu er wegen Art. 2 I GG und Art. 9 I GG im übrigen auch gezwungen ist¹³⁾.

Will man nunmehr prüfen, ob der Beleihungsakt inhaltlich als Delegation, Mandat oder Belassung zu qualifizieren ist, so empfiehlt es sich, zunächst kurz die wesentlichen Kriterien der Beleihung nochmals hervorzuheben: Die Begründung einer besonderen Rechtsstellung für Privatrechtssubjekte, kraft derer diese spezifisch staatliche Verwaltungsaufgaben und -befugnisse als selbständige

9) Ermächtigung S. 840.

10) Ermächtigung S. 840.

11) Friedr. Klein, Verordnungsermächtigungen S. 7 ff., 10; Lauscher, Diss. S. 35/36.

12) Triepel, Delegation S. 83; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 114, 116, 118.

13) Dürig a.a.O.; vgl. bereits oben § 1 II 5 b bb (b), S.43 ff.

Rechtsträger wahrnehmen können. Damit wird aber sogleich deutlich, daß es sich bei dem Beleihungsakt inhaltlich jedenfalls *n i c h t* um eine *B e l a s s u n g* handeln kann. Das würde nämlich voraussetzen, daß dem Privaten durch die Beleihung lediglich eine Kompetenz bestätigt wird, die ihm bereits kraft eigener Rechtsmacht zukommt. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn die Beleihung ist - wie nachgewiesen wurde - gerade dadurch gekennzeichnet, daß dem Privatrechtssubjekt eine Zuständigkeit zur Wahrnehmung spezifisch staatlicher Angelegenheiten eingeräumt wird, die grundsätzlich nur Hoheits-subjekte innehaben können, weil sie über die allgemeine private Handlungsfähigkeit hinausgeht. Insofern wird also nicht nur eine Rechtsstellung des Privaten bestätigt, vielmehr wird mit der Beleihung für diesen eine völlig neue geschaffen. Der Beleihungsakt kann inhaltlich aber auch *n i c h t* als *M a n d a t* qualifiziert werden. Der beliehene Private wird nämlich nicht nur beauftragt und bevollmächtigt, für ein staatliches Organ in dessen Namen dessen Kompetenzen wahrzunehmen, sondern der Beliehene ist hinsichtlich der ihm übertragenen Funktionen selbständiger Rechtsträger und ausschließliches Zurechnungssubjekt. Der Beleihungsakt bewirkt daher eine echte Kompetenzverschiebung, indem durch ihn unter Durchbrechung der objektivrechtlichen Zuständigkeitsordnung spezifisch staatliche Kompetenzen von den grundsätzlich zuständigen staatlichen Organen auf grundsätzlich unzuständige Privatrechtssubjekte verlagert werden. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß der Beleihungsakt inhaltlich zutreffend nur als *D e l e g a t i o n* qualifiziert werden kann¹⁴⁾.

Im wissenschaftlichen Schrifttum unterscheidet man nun vornehmlich zwei Arten der Delegation. Die sog. "echte" oder "devolvierende" Delegation soll danach durch den Verlust der Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Kompetenz gekennzeichnet sein, wenngleich dieser Verlust auch nicht endgültig zu sein braucht. Von der sog. "unechten" oder "konservierenden" Delegation spricht man demgegenüber dann, wenn sich der Delegant die Ausübung der gleichen Kompetenz auch trotz der Delegation auf ein anderes Subjekt vorbehält¹⁵⁾. Ohne daß im

14) E.R. Huber WiVR I S. 537; Badura, Verwaltungsmonopol S. 252; vgl. auch Triepel, Delegation S. 99 f.. Zu der Unterscheidung der sog. konservierenden und devolvierenden Delegation vgl. Näheres sogleich.

15) Triepel, Delegation S. 51 ff.; H. Peters VR S. 53, 56; Hans J. Wolff VR II § 72 IV b 2, S. 23; Obermayer JZ 1956, 625, 627; vgl. auch Lauscher, Diss. S. 37 f..

Rahmen dieser Untersuchung auf die Frage eingegangen werden kann, ob eine derartige Differenzierung überhaupt notwendig und begründet ist¹⁶⁾, zeigen die gesetzlichen Regelungen der verschiedenen Beleihungsfälle, daß eine generelle Einordnung des Beleihungsaktes als "echte" oder "unechte" Delegation nicht möglich ist. In einigen Fällen ist dies im Sinne der konservierenden Delegation positivrechtlich entschieden. So werden beispielsweise die Lebensmittel- und Weinkontrolleure gem. § 6 I LMG bzw. § 21 WeinG nur *n e b e n* den zuständigen staatlichen Behörden, nicht an deren Stelle tätig. Ebensowenig ist etwa der Bauunternehmer gem. § 3 III a 2 (1. Halbsatz) StVO allein und ausschließlich zur Bedienung der Farbzeichen und damit zur Leitung des Verkehrs an Baustellen berufen, sondern es steht im Ermessen der Verkehrsbehörden, jederzeit die Verkehrsregelung selbst zu übernehmen. Schließlich werden die Funktionen, mit denen die Notare und die anerkannten Privatschulen beliehen werden, parallel zu diesen von staatlichen Stellen, den Amtsgerichten bzw. den öffentlichen Schulen, wahrgenommen. Andererseits wird man für die Beschauer, die Bezirksschornsteinfegermeister, die Schiedsmänner sowie die Kraftfahrtsachverständigen und -prüfer auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen auf eine grundsätzlich ausschließliche Zuständigkeit und damit eine devolvierende Delegation schließen dürfen. Abschließend kann daher festgestellt werden, daß der Beleihungsakt inhaltlich als Delegation zu qualifizieren ist; er ist sowohl als echte wie als unechte Delegation möglich. Eine allgemeingültige Aussage, daß der Beleihungsakt stets als echte oder unechte Delegation bestimmt werden kann, kann nicht gemacht werden. Diese Frage läßt sich für den Einzelfall nur an Hand der konkreten gesetzlichen Regelung entscheiden.

2. Formen der Beleihung

Im Anschluß an die rechtliche Qualifizierung des Beleihungsaktes in materieller Hinsicht ist diese nunmehr auch in formeller Hin-

16) Vgl. insofern die Bedenken bei Barbey, Diss. S. 84 f.; auch Lauscher, Diss. S. 44 ff..

sicht vorzunehmen. Sie wird im verwaltungsrechtlichen Schrifttum jedoch nur mehr am Rande behandelt, da im wesentlichen Übereinstimmung insoweit besteht, daß die Beleihung durch "staatlichen Hoheitsakt" erfolgt, der entweder Gesetzes- oder Verwaltungsaktcharakter haben soll¹⁷⁾. Problematisch ist, ob die Vornahme der Beleihung auch durch privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag möglich ist.

a. Gesetzliche Beleihung

Die Beleihung unmittelbar durch Gesetz erfolgt in der Weise, daß und sobald ein gesetzlicher Tatbestand von und in einer bestimmten Person aus dem Kreis der Normadressaten erfüllt ist¹⁸⁾. So gehen bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen mit Betreten des Schiffes bzw. des Luftfahrzeuges die oben § 3 Ziff. V und VI dargestellten spezifisch staatlichen Aufgaben und Befugnisse auf den Kapitän bzw. den Luftfahrzeugführer über (vgl. § 106 SeemG, § 29 III LuftVG)¹⁹⁾. Unmittelbar durch Gesetz wird auch die jagd ausübungs berechtigte Privatperson beliehen. Denn allein die Tatsache, Eigentümer eines Jagdgebietes und damit in diesem Inhaber des Jagdrechtes zu sein (§ 3 I 1 BJagdG), verpflichtet den Betreffenden zur Ausübung des Jagdschutzes (§ 25 I BJagdG) und macht ihn insoweit zu einem Träger spezifisch staatlicher Aufgaben und Befugnisse²⁰⁾, ohne daß irgendein weiterer behördlicher Akt notwendig wäre. Möglich wäre es freilich auch, daß der Gesetzgeber aus besonderem Anlaß durch eine konkrete und individuelle Regelung eine genau festgelegte Personengruppe zur Ausübung bestimmter spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen heranzieht, daß die Beleihung also durch ein M a ß n a h m e g e s e t z erfolgt, soweit die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind²¹⁾.

17) Fleiner, Institutionen S. 364; v. Köhler, Grundlehren S. 145; Nebinger VR S. 15 Fußn. 13; Jerusalem, Grundriß S. 82; Hans J. Wolff VR II § 104 II a, S. 365 f.; E.R. Huber WiVR I S. 537/538; Merk VR S. 741; v. Turegg-Kraus VR S. 95; Obermayer, Verwaltungsakt S. 13; Cantner, Diss. S. 61.

18) Hans J. Wolff VR II § 104 II a 1, S. 365.

19) Vgl. Hans J. Wolff a.a.O.

20) Vgl. Näheres dazu oben § 3 Ziff. IX, S. 111 ff..

21) Zur Frage der gesetzlichen Zwangsbeleihung siehe unten § 7 II, S. 167 ff..

Nach geltendem Recht lassen sich jedoch keine Beispiele dafür anführen²²⁾.

b. Administrative Beleihung

Weitaus häufiger als die Fälle, in denen die Beleihung unmittelbar durch Gesetz erfolgt, sind jedoch diejenigen, in denen die Beleihung auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung²³⁾ durch einen **b e h ö r d l i c h e n** Akt vollzogen wird. In Betracht kommt insofern die Beleihung durch Verwaltungsakt oder durch privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Beleihungsbehörde und der zu beleihenden Privatperson.

aa. Beleihung durch Verwaltungsakt

Gegenüber der Beleihung unmittelbar durch Gesetz entspricht der Vollzug der Beleihung durch Verwaltungsakt mehr der Bedeutung der Übertragung spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen auf Private. Im Gegensatz zu der undifferenzierten Beleihung aller derjenigen Personen, von und in denen ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand erfüllt wird, vermag hier unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalles wie z.B. der Eignung, der Fähigkeit und der Zuverlässigkeit des Bewerbers, der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Beleihung und ähnlicher weiterer erheblicher Umstände eine sachdienlichere Entscheidung getroffen werden. Der Gesetzgeber hat dementsprechend auch in den überwiegenden Fällen die Beleihung der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde durch Verwaltungsakt vorbehalten. Dieser kann z.B. in der "(eidlichen) Verpflichtung" der Beschauer²⁴⁾ oder der Bediensteten im Privatbahn-Polizeidienst²⁵⁾, in der "Anerkennung" der Sachverständigen und Prüfer für den Kraftfahrzeugverkehr²⁶⁾ oder der Privatschulen²⁷⁾, in der "Bestellung"

22) Zur Problematik der Maßnahmegesetze vgl. Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 20 Rdn. 93 ff. m.w.N..

23) Zur Geltung des Gesetzesvorbehaltes vgl. unten § 6 II, S. 151ff.

24) § 15 DVO z.FG.

25) § 60 II 1 EBO.

26) § 1 KFZ-Sachverständigen-VO.

27) Art. 20 I bayEUG; § 7 berlPSchulG; § 10 bwPSchulG; § 11 hessPSchulG; § 8 ndsPSchulG.

der Bezirksschornsteinfegermeister²⁸⁾ und Notare²⁹⁾ oder schließlich in der "Bestätigung" der Jagdaufseher³⁰⁾ oder der Feld- und Forsthüter³¹⁾ bestehen. Eine Beleihung durch Verwaltungsakt kann in Übereinstimmung mit dem überkommenen Verwaltungsaktsbegriff freilich nur angenommen werden, wenn die Beleihung einseitig erfolgt. Um eine solche einseitige Maßnahme handelt es sich jedoch auch dann, wenn sie einer gewissen Mitwirkung des Adressaten bedarf (sog. mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt). Im Hinblick auf die Rechtsfolge der Mitwirkung unterscheidet man zwischen dem zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt und dem Verwaltungsakt auf Unterwerfung, je nachdem, ob die Mitwirkung als rechtsfolgebedingendes oder als rechtsfolgebegründendes Tatbestandsmerkmal anzusehen ist³²⁾. Für die Beleihung drängt sich insoweit ein Vergleich mit der Beamtenernennung auf. Bei deren rechtlicher Beurteilung ist man sich überwiegend einig, daß der die Ernennung aussprechende Verwaltungsakt rechtswirksam nur dann ergehen kann, wenn die Einwilligung des zu ernennenden Beamten vorliegt, die allerdings regelmäßig in dem Antrag auf Übernahme in das Beamtenverhältnis zu sehen ist. Eine entsprechende Beurteilung wird man auch für den Beleihungsakt gelten lassen können. Der einseitige Ausspruch eines Gebotes kann sich immer nur auf den der Privatperson eigenen Rechtskreis beziehen. So wie kein Gesetz die Pflicht statuieren kann, Beamter zu werden, läßt sich die Beleihung Privater durch Verwaltungsakt mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nur durch die Zustimmung des Betroffenen in Einklang bringen³³⁾.

bb. Beleihung durch Vertrag

Nachdem der Vollzug der Beleihung unmittelbar durch Gesetz und

28) § 18 VOSch.

29) § 12 Satz 1 BNoto.

30) § 25 II BJagdG in den landesrechtlichen Vorschriften (vgl. oben § 3 Ziff. IX, S. 111 f.).

31) § 30 bayFoSStG; § 16 II ndsFFordG.

32) Hans J. Wolff VR I § 48 II, S. 319 und § 48 III a 1, S. 323.

33) Forsthoff VR S. 206; Hans J. Wolff VR II § 104 II a 2, S. 365; vgl. auch v. Köhler, Grundlehren S. 146; Merk VR S. 753; Cantner, Diss. S. 61 f.; Brand, Diss. S. 62. - Zur Zulässigkeit der Zwangsbeleihung vgl. unten § 7 II.

durch Verwaltungsakt auf Grund eines Gesetzes erörtert worden ist, ist schließlich noch die Möglichkeit zu untersuchen, daß die Beleihung in Form einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der Beleihungsbehörde und dem Privaten erfolgt. Vorauszuschicken ist insofern allerdings, daß sich für diese Form der Beleihung keine Beispiele anführen lassen, da von ihr bisher jedenfalls - soweit ersichtlich - kein Gebrauch gemacht wurde. Gleichwohl verdient diese Frage angesprochen zu werden, da im wissenschaftlichen Schrifttum - wenngleich auch nur ganz vereinzelt - die Möglichkeit der Beleihung durch Vertrag durchaus bejaht wird, und zwar in Form sowohl des privatrechtlichen wie auch des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Für die Beleihung durch p r i v a t r e c h t l i c h e n Vertrag hat sich neben F.F. Mayer³⁴⁾ auch W. Jellinek ausgesprochen. Er führt dazu aus, daß die Verleihung selbst in typisch öffentlich-rechtlicher Form vor sich gehe, also die Gestalt eines Verwaltungsaktes annehme, sei "nicht erforderlich", wenn auch "das der Sachlage Angemessene"; sie könne aber auch durch privatrechtlichen Vertrag vereinbart werden³⁵⁾. Die Beleihung durch ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e n Vertrag halten Jerusalem³⁶⁾, von der Groeben-Knack³⁷⁾ und Brand³⁸⁾ für möglich³⁹⁾. Während Jerusalem und von der Groeben-Knack ihre Auffassung jedoch nicht näher begründen, macht Brand geltend, es seien keine Gründe ersichtlich, den öffentlich-rechtlichen Vertrag insofern auszuschließen, zumal für den Beleihungsakt generell kein einseitiges hoheitliches Handeln vorgeschrieben sei.

Die Auffassung, der Beleihungsakt könne auch Vertragscharakter haben, muß jedoch in Zweifel gezogen werden. Bevor die Gründe, die gegen eine solche Ansicht sprechen, dargelegt werden können, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß sich für den Beleihungsakt als Ver-

34) Grundsätze S. 213.

35) VR S. 527.

36) Grundriß S. 82.

37) Landesverwaltungsgesetz § 24 Rdn. 1.4.

38) Diss. S. 63 f..

39) Ebenso auch Hans J. Wolff VR II (1. Aufl., 1962) § 104 II a 3, S. 306; diese Ansicht wird jedoch in VR II (2. Aufl., 1967) § 104 II a, S. 365/366 nicht aufrechterhalten.

trag die Alternative privatrechtlicher - öffentlichrechtlicher Vertrag nicht stellt. Mangels anderer brauchbarer Kriterien kann nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag allein dadurch vorgenommen werden, daß man auf den Gegenstand des Vertrages im Einzelfall abstellt und untersucht, ob sich die Vereinbarung auf von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelte Sachverhalte bezieht⁴⁰⁾; öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Vertrag schließen sich insofern daher hinsichtlich ein und desselben Vertragsgegenstandes aus. Nach alledem aber, was im 1. Teil dieser Untersuchung zum Rechtsinstitut der Beleihung und insbesondere zum Beleihungsgegenstand ausgeführt worden ist, würde sich eine vertragliche Vereinbarung über die Beleihung jedenfalls ausschließlich auf einen dem öffentlichen Recht zugeordneten Gegenstand beziehen und mithin nur in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgen können. Demnach braucht also hier auch nur noch diese Möglichkeit Gegenstand der weiteren Erörterung zu sein.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag hat mit dem privatrechtlichen Vertrag naturgemäß die Koordination der Partner gemein. Die angestrebte Regelung erfolgt nicht durch einseitigen staatlichen Akt, sondern durch in der Sache übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten. Auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag ist daher die Gleichrangigkeit der Partner im Hinblick auf den Gegenstand und den Inhalt des Vertrages begriffswesentlich⁴¹⁾. Diese heute durchaus anerkannten Merkmale des öffentlich-rechtlichen Vertrages verbieten aber m.E. die Qualifizierung des Beleihungsaktes als einen solchen. Denn die Gleichordnung der Beleihungspartner könnte insofern kaum überzeugend vertreten werden. Wie bei der Darstellung der einzelnen Beleihungsfälle oben in § 3 ausführlich nachgewiesen wurde, ist der Gegenstand und der Inhalt einer

40) In eine Vertiefung dieser Problematik kann im Rahmen dieser Arbeit freilich nicht eingetreten werden; vgl. dazu etwa BGHZ v. 25.4.1960 (E 32, 214/215 f.); v. 27.10.1960 (VerwRspr. Bd. 13, 146/147); BVerwG v. 5.10.1965 (NJW 1966, 219); Apelt, Vertrag S. 25; Imboden, Vertrag S. 40; Forsthoff VR S. 268; Stern VerwArch. Bd. 49, 121 ff..

41) Forsthoff VR S. 263 ff.; Apelt, Vertrag, S. 21 ff.; Imboden Vertrag S. 38 ff.; H. Peters VR S. 154 f.; Stern VerwArch. Bd. 49, 121 ff. m.w.N..

konkreten Beleihung in der Rechtsnorm bereits so weit festgelegt, daß für vertragliche Absprachen darüber zwischen der Beleihungsbehörde und dem Privaten kein Raum bleibt. Die Möglichkeit der Einflußnahme des Privaten beschränkt sich allein auf die Stellung eines entsprechenden Antrages, beliehen zu werden, und erschöpft sich darin. Darüber hinaus ist, wie Forsthoff zutreffend bemerkt, eine Koordinierung dort unzulässig, "wo sie sich aus der Natur der staatlichen Funktion verbietet"⁴²⁾. Der Sinn einer vertraglichen Regelung der Beleihung könnte doch nur darin bestehen, daß der Private auf Art und Ausmaß der mit der Beleihung verbundenen Rechte und Pflichten Einfluß zu nehmen und zu seinen Gunsten besonders vorteilhaft zu gestalten sucht. Insofern bestünde jedoch die Gefahr, daß nicht nur staatliche Hoheitsrechte Gegenstand kommerzieller Absprachen würden, sondern dem Staat auch durch genügend einflußreiche Interessenverbände bestimmte Verträge aufgezwungen und spezifisch staatliche Verwaltungsfunktionen durch entsprechende vertragliche Bindungen ihrer wesensgemäßen Bestimmung entzogen würden⁴³⁾. Um dieser äußerst naheliegenden Gefahr zu begegnen, wird man es daher ablehnen müssen, die Beleihung zu einem Vertragsobjekt zwischen der zuständigen Verwaltungsbehörde und einer Privatperson werden zu lassen, und ihre Vornahme nur durch e i n s e i t i g e n staatlichen Hoheitsakt in Form eines Gesetzes oder eines Verwaltungsaktes für zulässig erachten können⁴⁴⁾.

II. Beendigung der Beleihung

Ähnlich dem Beleihungsakt vollzieht sich die Beendigung der Beleihung entweder unmittelbar durch Gesetz oder durch Verwaltungsakt, ohne daß die gesetzliche oder administrative Beendigung jeweils mit

42) VR S. 267.

43) VR S. 265.

44) Im Ergebnis ebenso v. Köhler, Grundlehren S. 145; Giese, VR S. 95; Wolffg. Siebert, Rechtsstellung S. 26; Cantner, Diss. S. 59; auch BVerwG v. 21.12.1954 (NJW 1955, 1203) erklärt ausdrücklich, daß der Staat hoheitliche Funktionen auf einen privatrechtlichen Verband nicht durch Vertrag übertragen kann. - Eine gegenteilige Auffassung kann sich auch nicht auf § 4 II 3 FG (s.o. S. 90 Fußn. 5) stützen. Denn dort ist lediglich gesagt, daß die Anstellung eines Beschauers durch eine Gemeinde durch Genehmigungspflichten Vertrag erfolgt; § 4 II 3 FG setzt aber bereits eine rechtmäßige Bestellung des Beschauers voraus.

einem gesetzlichen oder administrativen Beleihungsakt korrespondieren müßte. Vielmehr hat der Gesetzgeber in mehreren Fällen, in denen er die Beleihung durch die Verwaltungsbehörde aussprechen läßt, bestimmte Tatbestände für deren Beendigung normiert. In Betracht kommen ein Erlöschen sowie die Aufhebung des Beleihungsaktes; fraglich ist ein Verzicht des Beliehenen. Eine weitere Systematisierung ist wegen der Vielgestaltigkeit der Beendigungsmöglichkeiten kaum möglich.

1. Beendigung durch Erlöschen

Aus der Personengebundenheit der Beleihung ergibt sich deren Erlöschen zwangsläufig durch den T o d der beliehenen natürlichen Person⁴⁵⁾ bzw. durch die A u f l ö s u n g der juristischen Person des Privatrechts. Ebenfalls kann sie kraft Gesetzes mit der Erreichung einer bestimmten A l t e r s g r e n z e erlöschen, so für die Beschauer mit Ablauf des Monats, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wird⁴⁶⁾, für die Bezirksschornsteinfegermeister mit Ablauf des Kalendervierteljahres, in dem sie das 70. Lebensjahr vollendet haben⁴⁷⁾. Die Beendigung der Beleihung durch Erlöschen tritt weiterhin bei gesetzlicher Beleihung stets durch W e g - f a l l der T a t b e s t a n d s v o r a u s s e t z u n - g e n ein, an die sie geknüpft ist. So erlischt sie beim Kapitän und dem Luftfahrzeugführer mit Verlassen des Schiffes bzw. des Luftfahrzeuges, beim Jagdausübungsberechtigten mit Verlust seiner zivilrechtlichen Rechtsstellung. Denn Kapitän und Luftfahrzeugführer sind - wie nachgewiesen wurde⁴⁸⁾ - n u r im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung a n B o r d des Schiffes bzw. des Luftfahrzeuges zur Ausübung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben und -befugnisse berechtigt (vgl. § 106 II SeemG, § 29 III LuftVG). Die Beleihung im Rahmen des Jagdschutzes knüpft ihrerseits an die Jagdberechtigung an, die ausschließlich dem Eigentümer des Grund und Bodens zusteht (§§ 25 I 1 iVm § 3 I 1 u. 2 BJagdG); der Verlust

45) Vgl. § 43 I VOSch; § 47 Ziff. 1 BNoto.

46) § 11 I DVO z.FG.

47) § 1 I Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens v. 22.1.1952 (BGBl. I S. 75).

48) Oben § 3 Ziff. V und VI, S. 104 f. und 106 f. dieser Arbeit.

des Eigentums an dem Jagdgebiet und damit des Jagdrechtes zieht damit zwangsläufig das Erlöschen der Beleihung der betreffenden Privatperson nach sich.

Da der Beliehene ein öffentliches Amt in dem Sinne bekleidet, daß er eine Stellung innehat, in der Dienstverrichtungen wahrzunehmen sind, die sich aus der Staatsgewalt ableiten und staatlichen Zwecken dienen,⁴⁹⁾ erlischt gem. §§ 31, 35 StGB die Beleihung kraft Gesetzes mit der **V e r u r t e i l u n g** zu einer Zuchthausstrafe oder einer sonstigen Strafe, mit der auf die Unfähigkeit der Bekleidung öffentlicher Ämter erkannt wurde. Auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung erlischt sie darüber hinaus beim Notar durch Entlassung, durch **j e d e** strafgerichtliche Verurteilung, durch Amtsenthebung oder durch Entlassung aus dem Amt durch disziplinargerichtliches Urteil (§ 47 BNotO). In ähnlicher Weise erlischt die Anerkennung des Sachverständigen oder Prüfers für den Kraftfahrzeugverkehr mit rechtskräftiger Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 42 m StGB. In der rechtlichen Wirkung vergleichbar ist das "Ruhen" der Anerkennung, wenn ihnen die Fahrerlaubnis nach § 111 a StPO vorläufig entzogen ist (§ 10 KFZ-Sachverständigen-VO).

Schließlich erlischt die Beleihung durch Eintritt **g e w i l l k ü r t e r** Erlöschungsgründe, die in dem Beleihungsamt festgelegt sind, insbesondere durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder durch Fristablauf. Dafür sei als Beispiel auf den Schiedsmann hingewiesen, dessen Amt nach drei Jahren mit Amtsantritt des neu gewählten Schiedsmannes erlischt (§ 3 III SchO)⁵⁰⁾.

2. Beendigung durch Aufhebung des Beleihungsaktes

Neben diesem stets kraft Gesetzes erfolgenden Erlöschen der Beleihung ipso iure kann in Fällen administrativer Beleihung diese auch durch Aufhebung⁵¹⁾ des beleihenden Verwaltungsaktes enden. In

49) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch § 31 Rdn. 2 m.N..

50) Zur Problematik des Erlöschens der Beleihung vgl. Hans J. Wolff VR II § 104 IV a, S. 367; Brand, Diss. S. 90 f..

51) "Aufhebung" soll hier im weiteren Sinne verstanden werden als "die Geltungsbeendigung eines Verwaltungsaktes durch Verwaltungsakt derjenigen Behörde, die ihn erlassen hat, oder ihrer Aufsichtsbehörde **a u ß e r h a l b** eines Rechtsmittelverfahrens", Hans J. Wolff VR I § 53 I c 2, S. 356, der insoweit allerdings auch von "Widerruf" spricht, während hier der Termino-

einigen Fällen hat der Gesetzgeber bestimmte Voraussetzungen aufgestellt, bei deren Vorliegen die Verwaltungsbehörde die Beleihung zwingend aufheben muß. Das ist namentlich dann der Fall, wenn Tatsachen bekannt werden, aus denen sich ergibt, daß die Voraussetzungen für die Beleihung nicht vorhanden waren oder es nicht mehr sind, insbesondere dann, wenn sie sich auf die persönliche oder fachliche Eignung des Beliehenen beziehen. Das trifft z.B. für die "Entziehung" der Anerkennung als Sachverständiger oder Prüfer für den Kraftfahrzeugverkehr⁵²⁾, für die "Amtsenthebung" des Notars⁵³⁾ oder des Schiedsmannes⁵⁴⁾, für den "Widerruf" der Bestellung als Bezirkssschornsteinfegermeister⁵⁵⁾, für die "Zurücknahme" der Anerkennung einer Privatschule⁵⁶⁾ oder für den "Widerruf" der Bestätigung des Jagdaufsehers⁵⁷⁾ zu.

Soweit aber ähnliche spezialgesetzliche Regelungen fehlen, ist mangels allgemein positivrechtlicher Bestimmungen auf die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten und heute überwiegend anerkannten Rechtsgrundsätze für die Aufhebung von Verwaltungsakten zurückzugreifen⁵⁸⁾. Nach diesen Grundsätzen, auf die freilich hier nicht näher eingegangen werden kann, ist zu unterscheiden, ob die Beleihung als b e g ü n s t i g e n d e r Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Aufhebung rechtswidrig (fehlerhaft) oder rechtmäßig (fehlerfrei) ist. Ist der Beleihungsakt r e c h t s w i d r i g, dann muß die Verwaltungsbehörde durch Interessenabwägung im Einzelfall feststellen, ob das öffentliche Interesse am gleichmäßigen Vollzug der Gesetze oder das Vertrauen des Adressaten auf die Rechtmäßigkeit und den Fortbestand der behördlichen Entscheidung überwiegt. Insoweit hat sich die grundsätzliche Regel herausgebil-

logie der h.M. gefolgt werden soll, die als "Rücknahme" die Aufhebung eines rechtswidrigen, als "Widerruf" die Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsakts ansieht; vgl. Haueisen NJW 1960, 913 f.; Forsthoff VR S. 251 f.; Kimminich JUS 1965, 249/250.

52) § 9 I KFZ-Sachverständigen-VO.

53) § 50 I Ziff. 1 iVm § 5 (2. Halbsatz) BNotO.

54) § 9 I SchO.

55) § 44 I Ziff. 1 VOSch.

56) Art. 20 III bayEUG; § 10 III bwPSchulG; § 11 III hessPSchulG; § 8 III ndsPSchulG; § 39 nwSchulordnungsg.

57) § 30 I 2 bayJagdG; § 24 III 4 bwLjagdG.

58) Hans J. Wolff VR II § 104 IV b, S. 367.

det, daß im Falle der Rücknahme ex tunc das Vertrauen des Begünstigten schutzwürdiger ist als das öffentliche Interesse an der Rücknahme und diese unzulässig ist, daß demgegenüber aber im Falle der Rücknahme ex nunc dem öffentlichen Interesse vor dem Vertrauensschutz des Adressaten der Vorrang gebührt und die Rücknahme zulässig ist⁵⁹⁾. Der Widerruf eines rechtmäßigen Beleihungsaktes ist dagegen grundsätzlich nur dann zulässig, wenn eine positive gesetzliche Ermächtigung gegeben ist und er nicht gegen höherrangiges Recht verstößt, da er sich für den Betroffenen als ein belastender Verwaltungsakt darstellt. Ohne gesetzliche Ermächtigung ist der Widerruf ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Betroffene die mit der Erteilung des zu beseitigen begünstigenden Verwaltungsaktes verbundenen Pflichten nicht erfüllt⁶⁰⁾ oder wenn dem Beleihungsakt rechtmäßigerweise ein Widerrufsvorbehalt beigefügt ist⁶¹⁾. Der Widerrufsvorbehalt ist eine dem Verwaltungsakt beigefügte Nebenbestimmung, die der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit einer späteren Beseitigung des betreffenden Verwaltungsaktes offenhält⁶²⁾. Für die Zulässigkeit der Beifügung eines Widerrufsvorbehaltes muß in den Fällen, in denen eine spezialgesetzliche Regelung fehlt, auf die in Rechtsprechung und Lehre dazu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach kann ein Widerrufsvorbehalt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung mit einem begünstigten Verwaltungsakt dann verbunden werden, wenn der Adressat keinen Anspruch auf seinen Erlaß hat, dieser vielmehr im Ermessen der Behörde steht⁶³⁾. Zu fragen ist demnach, ob es sich bei der Beleihung ausschließlich um eine Ermessensentscheidung der staatlichen Behörden handelt, und ob insofern davon ausgegangen werden kann, daß jedem administrativen Beleihungsakt ein Widerrufsvorbehalt beigefügt werden darf. Dies ist ohne Einschränkung zu

59) Vgl. dazu eingehend m.w.N. Kimminich JUS 1965, 253 ff.; Ossenbühl DÖV 1967, 249 ff..

60) Hans J. Wolff VR I § 53 III b 2, S. 360. - Gesetzlich normierte Fälle dieses Widerrufsrgrundes sind bereits oben S. 144 nachgewiesen worden.

61) Hans J. Wolff VR I § 49 I c, S. 325; Forsthoff VR S. 255 f.; Merk VR S. 859.

62) Hans J. Wolff a.a.O.; Jung DVBl. 1957, 708/709; v. Münch JZ 1964, 53 m.w.N..

63) Hans J. Wolff VR I § 49 II b, S. 326; Merk-VR S. 860; Jung DVBl. 1957, 709 r.Sp.; v. Münch JZ 1964, 121 f..

bejahen. Der Beleihungsgegenstand, eine bestimmte spezifisch staatliche Verwaltungsfunktion, ist ein unlösbarer Bestandteil der unteilbaren Staatsgewalt und ausschließlich dem Staat zur Wahrnehmung durch seine Organe zugewiesen. Wenngleich dieser nun auch berechtigt ist, bestimmte Verwaltungsfunktionen durch Privatrechtssubjekte ausüben zu lassen, so bringt die verfassungsrechtliche Regelung doch ebenso klar zum Ausdruck, daß der Staat nicht verpflichtet ist, Private an der Wahrnehmung spezifisch staatlicher Aufgaben zu beteiligen. Insbesondere besteht auch - wie noch näher nachzuweisen sein wird⁶⁴⁾ - kein Rechtsanspruch auf Beleihung, und zwar weder nach Art. 12 I noch nach Art. 33 noch - für private Ersatzschulen - nach Art. 7 IV 3 GG. Die Staatsgewalt ist von der Verfassung als eine Einheit konzipiert und ausgestaltet, aus der nicht einzelne Teile derart herausgelöst werden können, daß ihre Rückführung in die staatseigene Sphäre nicht mehr möglich wäre. Vielmehr muß der Staat ausschließlich nach Zweckmäßigkeitgesichtspunkten darüber entscheiden können, ob und für welche Dauer in Einzelfällen die Teilhabe Privater an der Ausübung spezifisch staatlicher Funktionen sachdienlich ist. Soweit daher entsprechende gesetzliche Sondervorschriften nicht bestehen, kann die Beleihungsbehörde einen rechtmäßigen Beleihungsakt auch dann aufheben, wenn diesem ein Widerrufsvorbehalt beigelegt worden ist, was nach dem Gesagten in aller Regel zulässig ist⁶⁵⁾. Abschließend ist daher festzustellen, daß eine fehlerfreie administrative Beleihung jederzeit für die Zukunft dadurch beendet werden kann, daß die Beleihungsbehörde den Beleihungsakt auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung oder eines zulässig beigelegten Widerrufsvorbehaltes oder wegen der Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Beliehenen der ihm übertragenen Aufgaben aufhebt.

64) Unten § 7 I, insb. S. 165 f..

65) Vgl. Hans J. Wolff VR II § 104 IV b, S. 367, der sich daher auch für die Behandlung der Frage der Beendigung der Beleihung durch Widerruf mit einem Verweis auf die allgemeinen Regeln für den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte begnügen kann. - Gegenüber der hier vertretenen Ansicht geht Trieppel Delegation S. 128/129, noch weiter und bejaht die f r e i e Widerruflichkeit der Beleihung, wenn er ausführt: "Aber auch ohne solche sondergesetzliche Ermächtigung wird man dem Deleganten das Recht zubilligen müssen, die Anordnung, die in der Delegation liegt, nach Gefallen wieder zu beseitigen. Denn wenn es in sein Ermessen gestellt war, von seiner Kompetenz etwas abzugeben, so wird es gleichfalls seinem Ermessen überlassen sein, die von ihm in seine Kompetenz geschlagene Lücke wieder auszufüllen".

3. Beendigung durch Verzicht des Beliehenen

Die Beleihung kann dagegen nicht durch einseitigen Verzicht des Beliehenen enden. Mit der rechtswirksamen Beleihung ist die Privatperson so lange zur Ausübung des "Stückes Staatlichkeit", das ihr übertragen worden ist, verpflichtet, bis diese erlischt oder von der Verwaltungsbehörde aufgehoben wird. Auch dies folgt zwingend aus der Natur des Beleihungsgegenstandes. Die Wahrnehmung spezifisch staatlicher Funktionen ist eine rechtlich notwendige Aufgabe; ihre Nichterfüllung kann zu nicht unerheblichen Nachteilen und Schäden der Allgemeinheit führen. Wenn daher der Staat bestimmte staatliche Verwaltungsfunktionen auf Privatpersonen überträgt, so beinhaltet die damit verbundene besondere Berechtigung auch die Verpflichtung, tätig zu werden, da die kontinuierliche Ausübung der Staatsfunktionen auch in diesem Falle gewährleistet sein muß. Der Beliehene kann deshalb auch nicht nach Belieben die ihm übertragene Aufgabe niederlegen, sondern er ist zu ihrer Wahrnehmung so lange verpflichtet, bis der Staat ihn von dieser Verpflichtung entbindet, indem dieser die delegierte Funktion entweder wieder selbst ausübt oder eine andere Privatperson mit ihr beleiht⁶⁶⁾. So endet z.B. die sich aus der Beleihung für den Bezirksschornsteinfegermeister ergebende Rechts- und Pflichtenstellung nicht bereits mit der freiwilligen Aufgabe des Kehrbezirks, zu der dieser zwar nach § 44 I Ziff. 7 VOSch berechtigt ist, sondern erst mit dem formellen "Widerruf" durch die Beleihungsbehörde⁶⁷⁾. Ebensowenig kann der Notar von sich aus sein Amt niederlegen. Vielmehr hat er seine Entlassung aus diesem zu beantragen, die dann von der Justizverwaltung ausgesprochen wird (§ 48 BNotO); erst zu diesem Zeitpunkt endet die Beleihung⁶⁸⁾. Auch § 8 SchO macht von diesem Grundsatz keine Ausnahme. Das Recht zur Niederlegung des Amtes entbindet den Schiedsmann nicht von der Verpflichtung zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben und Befugnisse, bis das Präsidium des zuständigen Landgerichtes endgültig über die Befugnis zur Niederlegung entschieden hat (§ 8 II SchO, § 3 VI 3 GAnw)⁶⁹⁾.

66) Hans J. Wolff, VR II § 104 III a 1, S. 366, Merk VR 757; Brand, Diss. S. 67 f..

67) Moelle-Siebert-Musielak, Schornsteinfegerhandwerk S. 170; Fuhr GewO § 39 Anm. 9.

68) Vgl. Seyboldt-Hornig BNotO § 48 Rdn. 1.

69) Hartung-Jahn SchO § 8 Anm. 12; Frantzen, Diss. S. 105.

§ 6. Verfassungsrechtliche Schranken der Beleihung

Die ausschließliche Beschränkung im 1. Teil dieser Arbeit auf die Erörterung der Grundlagen der Beleihung hatte zwangsläufig zur Folge, daß auch wichtige Fragen nach eventuellen verfassungsrechtlichen Grenzen der Beleihung zurückgestellt werden mußten. Jedoch darf aus der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Delegation spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen auf Privatrechtssubjekte keineswegs geschlossen werden, daß der Staat auch befugt wäre, von dieser Möglichkeit nach Belieben Gebrauch zu machen, um sich auf diese Weise von den ihm obliegenden Aufgaben und der damit verbundenen Verantwortung zu entbinden. Es ist vielmehr im folgenden nachzuweisen, daß der Beleihung durch das Verfassungsrecht im wesentlichen drei Grenzen gezogen sind, die nicht überschritten werden können.

I. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG

Zunächst ist insofern auf eine verfassungsrechtliche Schranke hinzuweisen, die den U m f a n g der Beleihung betrifft. Wenngleich auch weder der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG noch die Kompetenzverteilungsregelung gem. Art. 30, 83 ff. GG zu einem verfassungsrechtlichen Verbot der Übertragung spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen auf Privatrechtssubjekte zwingt¹⁾, so ziehen sie ihr gleichwohl doch enge Grenzen. Art. 33 IV GG regelt unmittelbar zwar nur die Verteilung hoheitsrechtlicher Befugnisse zwischen Beamten einerseits, Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes andererseits. Danach darf es sich bei der Übertragung derartiger Funktionen auf Angestellte und Arbeiter nur um Ausnahmefälle handeln. Denn "würde die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nichtbeamte übertragen, so wäre dies mit dem Grundgesetz nicht vereinbar"²⁾. Jedoch läßt sich dieser Regel des Art. 33 IV GG der weitergehende Grundsatz entnehmen, daß zur Wahrnehmung der spezifisch staatlichen Verwaltungsfunktionen in

1) Vgl. dazu oben § 1 II 5 ee, S. 62 ff.

2) BVerfG v. 27.4.1959 (E 9, 268/284).

erster Linie der Staat und seine verfassungsmäßig vorgesehenen Organe berufen sind³⁾. Die Beleihung darf daher nicht zu einer wesentlichen Veränderung der objektiven Zuständigkeitsordnung führen, die auf dem Prinzip der b e h ö r d l i c h e n Verwaltung beruht, d.h. auf der Verwaltung durch Einrichtungen, in denen öffentliches Dienstrecht gilt⁴⁾. Sie kann daher auch immer nur einen T e i l b e r e i c h der grundsätzlich den staatlichen Verwaltungsorganen zugewiesenen Funktionen zum Gegenstand haben⁵⁾. Mit E.R. Huber läßt sich insofern das ungeschriebene Verfassungsprinzip feststellen, daß die spezifisch staatliche Verwaltungstätigkeit nur in quantitativ beschränktem Maße auf Private verlagert werden darf ("Prinzip der quantitativen Begrenzung der delegierten Zuständigkeit und Befugnisse")⁶⁾. Art. 34 IV stellt insoweit einen verbindlichen Verfassungsbefehl dieses Inhalts an alle für die Beleihung zuständigen staatlichen Stellen dar, insbesondere an den Gesetzgeber und die vollziehende Gewalt⁷⁾.

Will man nunmehr feststellen, ob hinsichtlich der Beleihungsfälle des geltenden Rechts dieses Verfassungsprinzip beachtet ist, ist zunächst klarzustellen, daß für die Beurteilung dieser Frage nicht entscheidend die Zahl der beliehenen Privatrechtssubjekte ist, sondern allein das Ausmaß der delegierten Verwaltungsaufgaben und -befugnisse. Denn das Prinzip der quantitativen Begrenzung besagt nicht, daß beispielsweise nur hundert, nicht aber hundertundfünfzig amtlich anerkannte Sachverständige oder Prüfer für den Kraftfahr-

- 3) E.R. Huber DVBl. 1952, 459; ders. WiVR I S. 544; Forsthoff VR S. 404.
- 4) E.R. Huber DVBl. 1952, 459; ders. WiVR I S. 544; Friedr. Klein, Übertragung S. 84 f.; v. Mangoldt-Klein GG II Art. 33 Anm. VI 4.
- 5) H. Peters, Ermächtigung S. 843; Friedr. Klein Übertragung S. 84 f.; E.R. Huber WiVR I S. 544. - Triepel, Delegation S. 113 führt dazu aus: "Niemals darf ein unmittelbares Staatsorgan seine g a n z e Kompetenz delegieren. Eine Delegation von dieser Seite muß immer partiell sein."
- 6) E.R. Huber WiVR I S. 543; ders. DVBl. 1952, 459; vgl. in diesem Sinne auch Hans J. Wolff VR II § 104 II b, S. 366; Wingber-mühle, Diss. S. 16 f.; Brand, Diss. S. 31.
- 7) E.R. Huber DVBl. 1952, 459; ders. WiVR I S. 543 f.; Ule GR IV/2 S. 561; Wacke, Grundlagen S. 14; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 33 Rdn. 40; v. Mangoldt-Klein GG Art. 33 Anm. VI 4; Leibholz-Rinck GG Art. 33 Rdn. 3.

zeugverkehr tätig werden dürfen, sondern daß die staatlichen Verwaltungsaufgaben und -befugnisse auf dem Gebiete des Kraftfahrwesens überwiegend von staatlichen Einrichtungen wahrgenommen werden müssen. In dem angeführten Beispiel ist demnach allein zu fragen, ob trotz der Beleihung von Sachverständigen und Prüfern für die staatlichen Hoheitsrechte auf dem Gebiete des Verkehrswesens weiterhin das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der behördlichen Verwaltung besteht. Würde man diese Frage bejahen müssen, ließe sich insoweit ein Verstoß gegen das Prinzip der quantitativen Begrenzung nicht feststellen. Überprüft man in diesem Sinne, ob durch die Beleihung nach geltendem Recht die objektive Zuständigkeitsordnung wesentlich zuungunsten der behördlichen Verwaltung beeinträchtigt wird, so wird man ohne größere Schwierigkeiten zu der Feststellung gelangen, daß in keinem der ohnehin nicht zahlreichen Beleihungsfälle mehr als nur ein Teilbereich der den staatlichen Behörden zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse auf Privatrechtssubjekte übertragen wird. So ist z.B. die bereits erwähnte Ausübung spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen durch die anerkannten Sachverständigen und Prüfer im Fahrerlaubnis-Prüfungsverfahren und bei der Kraftfahrzeugüberwachung nur ein bescheidener Ausschnitt der gesamten staatlichen Zuständigkeiten auf dem Gebiete des Kraftfahrwesens, was keines näheren Nachweises bedarf. Ebenso wenig bedeutet - um ein weiteres Beispiel zu nennen - die Beleihung der Luftfahrzeugführer und der Luftaufsichtsbeauftragten oder der Bauunternehmer, daß nunmehr die staatlichen Kompetenzen auf dem Gebiete des Luft- und Straßenverkehrs überwiegend durch Privatrechtssubjekte wahrgenommen würden. Besonders deutlich ist dies in den Fällen einer konservierenden Delegation. Für die Beleihung z.B. der Notare oder der Privatschulen läßt sich eine wesentliche Änderung der objektiven Zuständigkeitsordnung auf dem Gebiete der Rechtspflege und freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. des Schulwesens deshalb schwerlich behaupten, weil hier die staatlichen Kompetenzen, die Gegenstand der Beleihung sind, zugleich weiterhin auch durch die zuständigen staatlichen Einrichtungen wahrgenommen werden (Gerichte bzw. öffentliche Schulen) und insoweit das Regel-Ausnahme-Prinzip gar nicht unmittelbar in Frage gestellt wird, ganz abgesehen davon, daß ja auch in diesen Fällen nur im Umfange sehr begrenzte Kompetenzen aus den staatlichen Zuständigkeitsbereichen verlagert werden. Nach alledem läßt sich abschließend feststellen, daß für die Beleihung das Verfassungsprinzip der quantitativen Begrenzung gilt und daß

auch gegen dieses Prinzip durch die Beleihungsfälle nach geltendem Recht nicht verstoßen ist.

II. Der Vorbehalt des Gesetzes

Nachdem das Prinzip der quantitativen Begrenzung für die Beleihung erkannt und festgestellt worden ist, fragt es sich nunmehr, ob die V e r w a l t u n g dem Vorbehalt eines Gesetzes unterliegt, wenn sie Beleihungen vornehmen will, oder ob sie diese auch ausschließlich auf das allgemeine Organisationsrecht stützen kann. Man könnte geneigt sein, die Geltung des positiven Gesetzmäßigkeitsprinzips für die Beleihung mit der Begründung zu verneinen, ihre Vornahme stelle sich lediglich als ein Akt der Organisationsgewalt der Verwaltung dar, da durch eine Beleihung nur verwaltungsintern die Zuständigkeitsverteilung neu geregelt werde⁸⁾. "Organisationsgewalt (i.w.S)" bedeutet nämlich "die Kompetenz zur Bildung, Errichtung, Einrichtung, Änderung oder Aufhebung von Gliedern und Organen durch die (abstrakte oder konkrete) Bestimmung ihrer Zuständigkeiten (...), ihrer Zusammenhänge (...) und ihrer inneren Ordnung sowie durch ihre persönliche und sachliche Ausstattung"⁹⁾. Auf die Frage, wann Akte der Organisationsgewalt allein auf das Organisationsrecht gestützt werden können, braucht jedoch dann nicht eingegangen zu werden, wenn die weitere Untersuchung ergibt, daß mit der Beleihung in irgendeiner Form die Rechte Dritter beeinträchtigt werden. Denn auch Akte der Organisationsgewalt der Verwaltung sind anerkanntermaßen durch den Vorbehalt des Gesetzes jedenfalls stets dann gebunden, wenn die "Bildung weiterer (unter-verfassungsrechtlicher) Organe, d.h. die Bestimmung, daß Organe oder Glieder gewisser Art und Zuständigkeit, ..., überhaupt bestehen sollen oder können", in Frage steht, "die zu E i n g r i f f e n in die Rechtssphäre von Zivilpersonen zuständig sein sollen (r e c h t s s t a a t l i c h e r G e s e t z e s v o r b e h a l t)"¹⁰⁾. Das Rechtsstaats-

8) So offenbar Greß SRV 1967, 122/126.

9) Hans J. Wolff VR II § 78 I a, S. 117; Böckenförde, Organisationsgewalt S. 29 ff., 38 m.w.N..

10) Hans J. Wolff VR II § 78 II b, S. 119; ebenso Obermayer JZ 1956, 626; Rasch VerwArch. Bd. 50, 41; ders. DÖV 1957, 337; Spanner DÖV 1962, 343.

prinzip verlangt nämlich, daß die Eingriffsmöglichkeiten in die Rechts- und Freiheitssphäre Privater nicht dem Ermessen der Organe oder Glieder der Verwaltung überlassen bleiben, sondern daß diese nur auf Grund einer unmittelbaren oder mittelbaren (formell-) gesetzlichen Ermächtigung tätig werden, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt ist.

Prüft man diesen Grundsätzen entsprekend, ob und inwieweit mit der Beleihung die Berechtigung zu Eingriffen in Rechte von Privatpersonen verbunden ist, so kann unter Verweisung auf die grundsätzlichen Ausführungen zu den einzelnen Beleihungsfällen¹¹⁾ festgestellt werden, daß mit Ausnahme des Notars a l l e Beliehenen stets zu solchen Eingriffen berechtigt sind. Sie müssen daher hinsichtlich der Geltung des Gesetzesvorbehaltes den staatlichen Verwaltungsbehörden gleichgestellt werden. Andernfalls wäre der Exekutive Tür und Tor geöffnet, allein nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten die Ausübung staatlicher Verwaltungsbefugnisse auf Private zu übertragen und diese Übertragung einer parlamentarischen Kontrolle zu entziehen, was aber in fundamentalem Gegensatz zur demokratischen Grundordnung unseres Staates stünde¹²⁾.

Eine gesetzliche Ermächtigung für die administrative Beleihung ist weiterhin aber auch deshalb unabdingbar, weil die Beleihung selbst in doppelter Hinsicht in den Rechtskreis Privater eingreift. Die Beleihung enthält zunächst für den Adressaten neben der begünstigenden auch eine belastende Komponente, die sich in der besonders ausgeprägten Pflichtigkeit des Beliehenen manifestiert. Als wichtigste Pflicht sind die sog. Betriebspflicht und die damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Bindungen zu nennen¹³⁾. Die Beleihung beinhaltet damit aber zugleich auch einen Eingriff in die Rechtssphäre der beliehenen Privatperson, der nach dem Rechtsstaatsprinzip nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung zulässig ist.

Schließlich ist zu berücksichtigen, daß die Beleihung eine Änderung

11) § 3 dieser Arbeit.

12) Vgl. Reuß GR III/1 S. 130, der daraus allerdings den fälschlichen Schluß zieht, die Beleihung sei verfassungsrechtlich schlechthin unzulässig; vgl. o.S. 62 f..

13) Näheres dazu unten § 7 II, S. 167 ff. m.w.N..

der allgemeinen Zuständigkeitsordnung des objektiven Rechts bewirkt, worauf bereits bei der inhaltlichen Qualifizierung des Beleihungsaktes hingewiesen worden ist. Zu einem solchen Eingriff in die institutionelle Ordnung des Gemeinwesen Staat ist die Verwaltung ebenfalls nicht allein kraft der Organisationsgewalt befugt. "Organisationsgewalt" bedeutet nur das Recht der Staatsorgane zur S e l b s t organisation. Dabei ist von dem genannten (oben § 6 I) verfassungsrechtlichen Grundsatz auszugehen, daß die Exekutive die staatlichen Verwaltungsaufgaben selbst, d.h. durch staatsbehördliche Funktionsträger auszuführen hat. Auf diese beschränkt sich die Organisationsgewalt. Sie umfaßt nicht das Recht, die spezifisch staatlichen Funktionen aus der staatsbehördlichen Organisation "Verwaltung" herauszunehmen und auf Funktions-träger außerhalb dieser Organisation zu übertragen. Vielmehr ist der Organisationsgewalt der Verwaltung materiell insoweit eine Schranke gezogen, als sie die Gesamtheit der der Verwaltung durch die Verfassung zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse ohne einen Akt der Gesetzgebung nicht substantiell verändern, d.h. weder einschränken noch ausdehnen darf¹⁴⁾. Auch diese Beschränkung ist unmittelbar aus dem Rechtsstaatprinzip herzuleiten. Denn eine Änderung der objektiven Kompetenzverteilung - namentlich durch die Beleihung prinzipiell unzuständiger Privatrechtssubjekte - bedeutet zugleich einen direkten Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers. Die allgemeine Zuständigkeitsordnung dient nämlich nicht nur allein der Abgrenzung der Kompetenzen unter den Staatsorganen, sondern nicht minder auch den Interessen des Privaten. "Im Rechtsstaat muß jedermann wissen, welche Behörde ihm gegenüber zur Vor-nahme eines bestimmten Hoheitsaktes berechtigt und verpflichtet ist, hängt doch die Rechtmäßigkeit des Aktes nicht zuletzt davon ab, daß die zuständige Stelle gehandelt hat"¹⁵⁾. Ohne dieses Wissen um die allgemeine Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Verwaltung wäre daher der justizförmige Rechtsschutz gegen die Verletzung der Rechte des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt, der ein Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit ist¹⁶⁾, nicht gewährleistet.

14) Forsthoff VR S. 404.

15) Obermayer JZ 1956, 626 I.Sp.

16) Maunz, Staatsrecht S. 64 ff.; v. Mangoldt-Klein GG I Art. 20 Anm. VI 2 m.w.N.; vgl. aber auch Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 20 Rdn. 92.

Die Beleihung bewirkt demnach eine Änderung der objektiven Rechtsordnung. Erfolgt sie nicht unmittelbar durch Gesetz, sondern durch Verwaltungsakt, so muß sich dieser auf eine (formell-)gesetzliche Grundlage stützen können, da die Änderung der Aufgaben- und Zuständigkeitsgewalt und damit der Rechtsordnung allein dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Aus alledem folgt aber, daß eine Beleihung durch die Verwaltung rechtmäßig nur dann vorgenommen werden kann, wenn dafür eine gesetzliche Ermächtigung vorhanden ist¹⁷⁾. Diesen Grundsatz hat auch § 24 I schlhLVwG ausdrücklich bestätigt¹⁸⁾. Eine dahingehende Überprüfung der einzelnen Beleihungsfälle braucht an dieser Stelle jedoch nicht mehr vorgenommen zu werden, nachdem bereits oben in § 3 die gesetzlichen Grundlagen aller Beleihungsfälle mit hinreichender Ausführlichkeit nachgewiesen, dargelegt und erörtert worden sind.

III. Die Staatsaufsicht über den Beliehenen

Als dritte verfassungsrechtliche Schranke der Beleihung ist nach dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG und dem Vorbehalt des Gesetzes schließlich die Staatsaufsicht über den Beliehenen oder - wie E.R. Huber es formuliert¹⁹⁾ - das "Prinzip der qualitativen Begrenzung" zu behandeln. Dieses Prinzip ist dem geschriebenen Verfassungsrecht nicht unmittelbar zu entnehmen. Denn mit Ausnahme des

17) Im Ergebnis ebenso hessVGH v. 25.4.1952 (DVBl. 1953, 47/48); bayVGH v. 28.5.1954 (E (n.F.) 5, 71/74); v. 16.3.1960 (E (n.F.) 13 II S. 53/57 f.); bayKompGH v. 11.5.1957 (BayVBl. 1957, 253/254); Hans J. Wolff VR II § 104 II a 2, S. 365 und § 78 II b 1, S. 119; Spanner DÖV 1957, 641; ders. DÖV 1962, 343; Obermayer, Grundzüge S. 13; ders. JZ 1956, 626; E.R. Huber WiVR I S. 537; H. Peters, Ermächtigung S. 841; Rasch VerwArch. Bd. 50, 41; ders. DÖV 1957, 337, 338; Steiner JUS 1969, 73; Foerster SRV 1967, 198 f.; Herrnritt, Grundlehren S. 242; Kormann, System S. 254; vgl. auch Triepel, Delegation S. 104 f., 111; Forsthoff VR S. 420 Fußn. 1 und BVerwG v. 28.9.1961 (DÖV 1962, 341).

18) § 24 I schlhLVwG lautet: "Natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähigen Vereinigungen können Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes übertragen werden."

19) DVBl. 1952, 460 1.Sp..

des Art. 33 IV GG wird - worauf bereits weiter oben hingewiesen worden ist - die Beleihung im Grundgesetz und in den Landesverfassungen nirgends, auch nicht mittelbar, erwähnt. Infolgedessen sucht man vergeblich nach verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die eine staatliche Kontrolle des Beliehenen nicht nur gestatten, sondern auch sichern. Gleichwohl darf es als "selbstverständliches ungeschriebenes Prinzip des allgemeinen Verfassungsrechts"²⁰⁾ angesehen werden, daß der Beliehene der Aufsicht und Kontrolle durch den Staat unterliegen muß²¹⁾. Die unkontrollierte Tätigkeit beliehener Privatrechtssubjekte birgt nämlich die Gefahr in sich, daß die staatliche Einheit dadurch gesprengt und in Frage gestellt wird und daß sich außerhalb der eigentlich staatlichen Organisation selbständige staatliche Machtgebilde entwickeln²²⁾. Nicht minder gilt es, einen eventuellen Machtmißbrauch zu verhindern, für den die unkontrollierte Befugnis Privater zur Wahrnehmung spezifisch staatlicher Funktionen ein denkbar weites Anwendungsfeld bieten könnte. Diesen Gefahren kann nur durch eine g e n e r e l l e Staatsaufsicht über den Beliehenen begegnet werden. Denn vornehmlich durch eine Beaufsichtigung der nachgeordneten Glieder, Organe bzw. Ämter durch die ihnen vorgesetzten werden "der administrative hierarchische Zusammenhang der unmittelbaren und mittelbaren Organe und die Einheitlichkeit der Wirksamkeit der Ämter eines Organs" hergestellt²³⁾. Die Aufsicht sichert also trotz der Beleihung von Privatrechtssubjekten mit spezifisch staatlichen Verwaltungsfunktionen die Einheitlichkeit der Verwaltung und sorgt dafür, daß das Verwaltungshandeln insgesamt rechts- und gesetzmäßig ist und sach- und fachgerecht ausfällt²⁴⁾. Dementsprechend enthält § 20 schlhLVwG folgerichtig denn auch die Anweisung, daß dann, wenn natürlichen

20) E.R. Huber WiVR I S. 544; ähnlich auch schon in DVBl. 1952, 460 1. Sp..

21) Für die Notwendigkeit einer Staatsaufsicht sprechen sich auch aus: Hatschek VR S. 386; v. Köhler, Grundlehren S. 147 f.; Nebinger VR S. 15; E.R. Huber, Selbstverwaltung S. 17; W. Jelinek VR S. 527; Hans J. Wolff VR II § 104 III a 2, S. 366 und § 77 II B, S. 95; Obermayer, Verwaltungsakt S. 146 f.; ders. Grundzüge S. 13; Merk VR S. 756; Brand, Diss. S. 69 ff..

22) E.R. Huber DVBl. 1952, 460; ders. WiVR I S. 544.

23) Hans J. Wolff VR II § 77 II a, S. 93.

24) Giere, Beaufsichtigung S. 317, 318.

oder juristischen Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähigen Vereinigungen staatliche Aufgaben übertragen werden, "eine Aufsicht sicherzustellen" ist (Satz 1) und hierbei "die Aufsichtsbehörde, der Umfang und die Mittel der Aufsicht festzulegen" sind (Satz 2).

Dem Inhalt nach ist die Staatsaufsicht die Beobachtung und gegebenenfalls die Beeinflussung und Berichtigung der Tätigkeit des beaufsichtigten Gliedes oder Organs der staatlichen Organisation durch den Staat bzw. ein übergeordnetes staatliches Organ²⁵⁾. Sie kann sich als Fachaufsicht sowohl auf die Rechtmäßigkeit als auch auf die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns des beaufsichtigten Organs oder Gliedes erstrecken, dieses also in fachlicher Hinsicht beobachten oder beeinflussen, oder aber sich als Rechtsaufsicht auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns des beaufsichtigten Organs oder Gliedes beschränken²⁶⁾. Die Frage nun, ob der Beliehene grundsätzlich einer Staatsaufsicht in Form der Fach- oder der Rechtsaufsicht unterworfen sein muß, läßt sich eindeutig in der einen oder der anderen Richtung nicht entscheiden, da der materielle Gehalt der den Beliehenen zur Wahrnehmung übertragenen spezifisch staatlichen Aufgaben zu unterschiedlich ist. Zutreffend bemerkt v. Köhler, daß "die Gestaltung der Aufsicht der Art des Unternehmens angepaßt" sein muß²⁷⁾. Man wird insofern sagen können, daß für die Staatsaufsicht über Beliehene grundsätzlich eine Fachaufsicht in Frage kommt²⁸⁾. Die Stellung des Beliehenen ist nämlich mit derjenigen der öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaft bei der Erfüllung spezifisch staatlicher Angelegenheiten vergleichbar. Beide unterscheiden sich insoweit - wie bereits nachgewiesen worden ist²⁹⁾ - lediglich durch die verschiedene Rechtssubjektivität. Für die öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft ist aber allgemein anerkannt, daß

-
- 25) Hans J. Wolff VR II § 77 II a, S. 93; Salzwedel VVDStRL 22, 213.
26) Hans J. Wolff VR II § 77 II c 2, S. 96; v. Turegg-Kraus VR S. 267; Becker, Selbstverwaltung S. 165 f.
27) Grundlehren S. 148.
28) Ebenso Hans J. Wolff VR II § 104 III a 2, S. 366; Merk VR S. 756; von der Groeben/Knack, Landesverwaltungsgesetz § 20 Rdn. 2.
29) Oben § 2 VI, S. 88 f. dieser Arbeit.

sie, soweit ihr staatliche Auftragsangelegenheiten übertragen sind, der vorgesetzten Staatsbehörde wie eine nachgeordnete Dienststelle gegenübersteht und deshalb ihrer umfassenden Sachweisungsbefugnis unterworfen ist³⁰⁾. Wenngleich auch ein Privatrechtssubjekt in seiner Eigenschaft als Beliehener selbständiger Rechtsträger der ihm übertragenen staatlichen Aufgaben ist, so nimmt es diese doch wie die öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft als Glied der staatlichen Organisation ebenfalls auftragsweise wahr³¹⁾. Die Rechtsstellung des Beliehenen unterscheidet sich demnach insoweit nicht von derjenigen der öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaft bei der Wahrnehmung staatlicher Auftragsangelegenheiten. Die Aufsicht über den Beliehenen muß sich daher auch "in ähnlichen Bahnen bewegen" wie die Aufsicht über die öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft bei Auftragsangelegenheiten³²⁾. Es läßt sich mithin abschließend feststellen, daß Beliehene auch ohne ausdrückliche Normierung einer Staatsaufsicht unterworfen sind, und zwar grundsätzlich einer Fachaufsicht, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, wenigstens aber einer Rechtsaufsicht³³⁾. Diese kann sich selbstverständlich jedoch nicht auf die gesamte Tätigkeit des Beliehenen als Privatrechtssubjekt erstrecken, sondern nur auf die Ausübung der spezifisch staatlichen Aufgaben und Befugnisse, mit denen er beliehen worden ist³⁴⁾.

30) Vgl. etwa H. Peters VR S. 317 Fußn. 4; Becker, Selbstverwaltung S. 174 f.; Pagenkopf, Einführung S. 226 f.; Kottenberg, Gemeindeordnung NW § 116 Erl. II, S. 490; Hans J. Wolff VR II § 77 II c 2, S. 96; v. Turegg-Kraus VR S. 267.

31) Hans J. Wolff VR II § 74 II b 1, S. 49; vgl. bereits oben § 4 dieser Arbeit.

32) W. Jellinek VR S. 527.

33) Im Ergebnis ebenso Hans J. Wolff VR II § 104 III a 2, S. 366; Merk VR S. 756; wohl auch Brand, Diss. S. 69 ff., 72. ff. - § 20 schlhLVwG, der die Anweisung enthält, daß eine Bestimmung über die Aufsicht beliehener Personen getroffen werden muß (s.o.S. 155), regelt die Art der Aufsicht jedoch nicht. In Ergänzung zu § 20 bestimmt § 24 III schlhLVwG lediglich, daß die rechtmäßige Erfüllung der Aufgaben sichergestellt sein muß, also wenigstens eine Rechtsaufsicht über Beliehene auszuüben ist; vgl. von der Groeben/Knack, Landesverwaltungsgesetz § 24 Rdn. 2.5.3.

34) Obermayer, Grundzüge S. 13; Klaus Vogel, Wirtschaftseinheiten S. 86.

Es ist daher an sich erstaunlich, daß der Gesetzgeber die Pflicht zur administrativen Kontrolle nur teilweise normiert hat, und daß die Verwaltung im übrigen darauf angewiesen ist, Aufsichtsmaßnahmen auf ungeschriebene Verfassungsgrundsätze zu stützen, was gewiß wenig praktikabel ist. So ergibt sich die staatliche Aufsicht über anerkannte Privatschulträger unmittelbar aus Art. 7 I GG, aber auch aus den Landes(privat)schulgesetzen³⁵⁾. Für die Beschauer ist sowohl die Fach- wie die Rechtsaufsicht in § 20 DVO. z. FG normiert. Eine gesetzliche Regelung besteht auch für die Dienstaufsicht über Bezirkskessenschornsteinfegermeister³⁶⁾, Jagdaufseher³⁷⁾, Börsenvorstände³⁸⁾, Schiedsmänner³⁹⁾ und Notare⁴⁰⁾. Dagegen fehlen entsprechende Bestimmungen selbst für die Ausübung so weitreichender Befugnisse wie diejenigen des Kapitäns und Luftfahrzeugführers, des Lebensmittel- und Weinkontrolleurs und des Jagdausübungsberechtigten. Die Gründe dafür sind zweifellos darin zu sehen, daß der Gesetzgeber die Bedeutung der Übertragung staatlicher Verwaltungsfunktionen auf Personen außerhalb der unmittelbaren Verwaltungsorganisation selbst nicht immer voll erkannt hat. Dieser Eindruck wird durch die größtenteils sehr unbestimmte und oberflächliche Regelung der Beleihung nur bestätigt.

35) Z.B. Art. 29 f. bayEUG; §§ 22 f. bwPSchulG; § 31 nwSchulordnungsG; vgl. dazu Heckel DÖV 1952, 617 ff..

36) §§ 40 ff. VOSch.

37) § 25 II 1 hessAusfG z. JagdG.

38) § 1 II BörsG.

39) § 7 SchO.

40) §§ 92 ff. BNotO.

§ 7. Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und dem Beliehenen

I. Anspruch Privater auf Beleihung

Verhindert zwar der nur grundsätzliche Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG nicht die Übertragung spezifisch staatlicher Funktionen auf Subjekte des Privatrechts, so stellt sich aber doch die Frage, ob eine Privatperson in den Fällen administrativer Beleihung auf diese einen Rechtsanspruch hat. Insbesondere fragt es sich, ob ein solcher Anspruch aus Art. 12 I GG hergeleitet werden kann.

Wie bereits in anderem Zusammenhang nachgewiesen¹⁾, gewährleistet Art. 12 I GG dem Einzelnen das Recht, grundsätzlich jede Tätigkeit als "Beruf" zu ergreifen und damit zur Grundlage seines Daseins überhaupt zu machen. Ferner wurde schon festgestellt, daß diese Bestimmung auch solche Tätigkeiten erfaßt, die auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gerichtet sind, und zwar selbst dann, wenn sie nach heutigen Vorstellungen in erster Linie dem Staat vorbehalten sein sollen und auch tatsächlich in weitem Maße von ihm wahrgenommen werden. Ob dies auch und gerade für Tätigkeiten zu gelten hat, die den Gegenstand staatlicher Beleihung bilden können, ob insbesondere Art. 12 I GG einen Beleihungsanspruch (Anspruch auf "Zulassung" als Beliehener) begründet, ist danach jedoch noch nicht ohne weiteres zu beantworten. Das BVerfG, in dessen Rechtsprechung jene prinzipielle Geltung des Art. 12 I GG für die an sich dem Staat vorbehaltenen Tätigkeiten schon mehrfach beiläufig behauptet worden ist²⁾, hat bisher nicht näher dargelegt, um welche Tätigkeiten es sich dabei handeln soll. Auch ist diese These noch in keiner seiner

1) Oben § 1 II 4 b, S. 31.

2) BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/397 f.); v. 2.4.1963 (E 16, 6/21); v. 5.5.1964 (E 17, 371/377). - Zum Ursprung des Begriffs vgl. Badura, Verwaltungsmonopol S. 255 f. - Die Frage wurde schon vorher unter dem Gesichtspunkt absoluter Verwaltungsmonopole und der Begründung tatsächlicher Monopole für Private gesehen, und in beiden Fällen wurde die Anwendbarkeit des Art. 12 I GG grundsätzlich verneint, vgl. Über, Freiheit des Berufs S. 152 bzw. 179 f., hingegen für private "Monopolergänzungsberufe" und private "Monopolersatzberufe" bejaht, vgl. Über a.a.O. S. 157 bzw. S. 169 ff; ferner Badura, Verwaltungsmonopol S. 255 ff..

Entscheidungen entscheidungserheblich geworden. Selbst die Zulässigkeit des staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopols wurde von dem Gericht "normal" nach den Regeln der Dreistufentheorie geprüft, nicht mit Hilfe der These, daß bestimmte Tätigkeiten dem Staat vorbehalten seien³⁾. Daß hierzu nach Ansicht des BVerfG weder "der öffentliche Dienst" selbst noch ein an den öffentlichen Dienst "herangeführter" Beruf gehören soll, vielmehr für diese speziell Art. 33 GG bzw. "Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG" anstelle von Art. 12 GG gelten sollen, wurde ebenfalls schon erwähnt⁴⁾. Andererseits wird die Geltung des Art. 12 I GG für "staatlich gebundene Berufe" kaum noch bezweifelt⁵⁾. Das BVerfG beurteilt allerdings den staatlich gebundenen Beruf als Tätigkeit mit einem Standort zwischen "freiem" Beruf mit gewissen öffentlich-rechtlichen Auflagen und Berufen mit völliger Einbeziehung in die unmittelbare Staatsorganisation. Der genaue Platz soll von der Eigenart und dem Gewicht der zu erfüllenden öffentlichen Aufgabe abhängen, und das BVerfG scheint insofern ebenfalls eine Annäherung an den öffentlichen Dienst und eine Zurückdrängung des Art. 12 I GG durch Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG für möglich zu halten⁶⁾. Das BVerfG läßt jedoch die Frage offen, welcher Unterschied zwischen dem "freien" Beruf mit gewissen öffentlich-rechtlichen Bindungen, für die Art. 12 I GG gelten soll, und den "staatlich gebundenen Berufen", für die den Art. 12 I GG zurückdrängende Sonderregelungen zulässig sein sollen, besteht. Weiterhin scheint das BVerfG auch übersehen zu haben, daß zwischen "Beruf" iSd Art. 12 I GG und "öffentlichem Amt" iSd Art. 33 GG eine klare Trennungslinie gezogen werden muß, weil im Hinblick auf eine bestimmte Tätigkeit immer nur

3) BVerfG v. 4.4.1967 - 1 BvR 126/65 (E 21, 245 ff.) und v. 4.4.1967 - 1 BvR 84/65 (E 21, 261 ff.).

4) Oben § 1 II 4 b, S. 31 f.

5) Die grundsätzliche Geltung des Art. 12 I GG bejahen BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/398) bez. der Apotheker; BVerwG v. 10.5.1955 (E 2, 85/86 bez. der Rechtsbeistände); v. 24.1.1957 (E, 4, 250/254 bez. der Heilpraktiker); Bachof GR III/1 S. 184 f.; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 33 Rdn. 13; Rupp NJW 1965, 995; ders. AöR Bd. 92, 222 ff.; Burger, Diss. S. 57 ff.; vgl. auch Badura, Verwaltungsmonopol S. 257 f.; Leisner AöR Bd. 93, 197 ff. - AA. sind namentlich BVerwG v. 19.12.1957 (E 6, 72/74 bez. der Bezirksschornsteinfegermeister); Werner DVBl. 1955, 562/567 bez. der Hebammen; v. Mangoldt-Klein GG II Art. 33 Anm. IV 4.

6) BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/398); zustimmend: Bachof GR III/1 S. 185 f.

e i n e der beiden Vorschriften Anwendung finden kann. Die Schaffung und Ausdehnung eines solchen Bereichs zwar grundsätzlich "freier" Berufe, die aber "durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den 'öffentlichen Dienst' herangeführt" sind und dann "Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG" unterworfen werden können, die "die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 tatsächlich zurückdrängen", böte andernfalls für den Staat eine ideale Zwischenstufe auf dem Wege der ersatzlosen Zerstörung der Berufsfreiheit⁷⁾.

Dieses Problem, das hier nicht weiter vertieft werden kann, war aufzuzeigen, da die angeführte Entscheidung des BVerfG zur Grundlage eines Urteils des gleichen Gerichtes wurde, das in diesem Zusammenhang von besonderem Interesse ist. Das BVerfG hatte zu entscheiden, ob § 4 I BNotO mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 12 I GG vereinbar ist⁸⁾. Da sich der Tätigkeitsbereich des Notars - wie nachgewiesen worden war⁹⁾ - vornehmlich auf spezifisch staatliche Aufgaben erstreckt, die ein Privater nur auf Grund einer staatlichen Beleihung wahrnehmen kann, bedeutete dies praktisch, daß das Gericht über die Frage entscheiden mußte, ob Art. 12 I GG einen Rechtsanspruch auf "Zulassung" als Beliehener begründet oder nicht.

Das BVerfG hat diese Frage - im Ergebnis zutreffend - verneint. Die Begründung der Entscheidung hat jedoch Rupp zu einer scharfen Kritik an dem Gericht veranlaßt. Er wirft dem BVerfG vor, "geradezu von einer Faszination des Begriffes 'öffentliche Aufgaben' erfaßt" zu sein und ihn durch den "unhaltbaren Zirkelschluß, zu glauben, all diejenigen Aufgaben, die sich heute mit dem Begriff des 'Öffentlichen' schmücken, seien 'originäre Staatsaufgaben', zur Legitimation jedweder Grundrechtsbeschneidungen" zu verwenden¹⁰⁾. In der Tat hat man Schwierigkeiten, den Ausführungen des BVerfG zu folgen. Der Notar

7) Leisner AöR Bd. 93, 184 ff., 187, der eindringlich auf diese Gefahr hinweist; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 33 Rdn. 13 Fußn. 1; Herzog EvStLK Sp. 158; vgl. auch Hoffmann DVBl. 1964, 462 f..

8) Beschluß v. 5.5.1964 (E 17, 371 ff.).- § 4 I BNotO lautet: "Es werden nur so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht."

9) Oben § 3 Ziff. XIV, S. 116 ff..

10) NJW 1965, 993/995; vgl. auch Rupp AöR Bd. 92, 241 f.; Menger VerwArch. Bd. 56, 82 f..

erfülle, so führt das Gericht aus, Aufgaben der Rechtspflege und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also "originäre Staatsaufgaben, was keiner näheren Begründung bedarf"¹¹⁾. Wie der Staat aber solche "öffentlichen Aufgaben" erledigen lasse, sei "Sache seines freien Ermessens". Würden aber "staatliche Aufgaben" auf Berufe außerhalb des öffentlichen Dienstes übertragen, so könnten Sonderregelungen eintreten, die das Grundrecht des Art. 12 I GG zurückdrängen¹²⁾. Also, so fragt man, soll zwar Art. 12 I GG dem Grundsatz nach gelten, aber gegebenenfalls mit Zulassungsbeschränkungen, die das BVerfG irrtümlicherweise mit Art. 33 GG in Verbindung bringt? Eine derartige Auslegung wäre jedoch unrichtig, wie die weitere Urteilsbegründung deutlich zeigt. Der Notar übe nämlich, so fährt das BVerfG fort, "staatliche Funktionen" aus, die der Verfügungsbefugnis des Einzelnen entzogen seien; die Freiheit der Berufswahl entfalte sich aber nur dort, wo der Einzelne seine Berufsposition "durch eigene Initiative selbst schaffen kann"¹³⁾. Diese Formulierung könnte darauf schließen lassen, daß nach Meinung des BVerfG Art. 12 I GG dann überhaupt nicht zur Anwendung kommen kann, wenn Gegenstand der Betätigung Privater "staatliche Funktionen" sein sollen. Aber offensichtlich will das BVerfG auch eine Festlegung in diesem Sinne vermeiden. Denn es führt weiter aus, es stehe im Ermessen des Staates, wieviele "Ämter" er zur Ausübung "öffentlicher Aufgaben" schaffe; s o w e i t er solche aber zur Verfügung stelle, könne der "Beruf" frei gewählt werden. Damit verlagert aber das BVerfG das entscheidende Problem ebenso wie in den Fällen der staatlich gebundenen Berufe in eine von ihm selbst geschaffene, verfassungsrechtlich nicht existente Zwischenzone von Art. 12 I GG und Art. 33 GG und entzieht sich somit der ihm gestellten Aufgabe.

Die gegen dieses Urteil gerichtete Kritik Rupps geht an diesem wesentlichen Punkt allerdings vorbei. Rupp begnügt sich vielmehr damit, die in der Entscheidung vorherrschende Begriffsverwirrung hervorzuheben und sie dem Gericht vorzuwerfen. Auf das eigentliche Problem hingegen geht er selbst ebenfalls nicht ein. Ohne nähere Begründung behauptet Rupp, der Notar erfülle keine staatlichen Funk-

11) BVerfG v. 5.5.1964 (E 17, 371/376).

12) a.a.O. S. 377.

13) a.a.O. S. 380.

tionen, obwohl es gerade auf die Gründe dafür ankam. Daß Rupp darauf nicht eingeht, verwundert um so mehr, als er insofern bereits an anderer Stelle für die Überwachungstätigkeit der TÜV einen Lösungsvorschlag entwickelt hat¹⁴⁾, der auch im Falle des Notars in Betracht gekommen wäre. Freilich hätte Rupp bei Anwendung des von ihm dort bereits vertretenen Funktionsbegriffes dazu gelangen müssen, die Tätigkeit des Notars gerade doch als Ausübung spezifisch staatlicher Funktionen zu qualifizieren, was ihn dann mit dem Problem der Anwendbarkeit des Art. 12 I GG auf diese Berufe konfrontiert hätte.

Es drängt sich die Frage auf, ob die Kontroverse zur Tätigkeit des Notars nicht vielleicht schon darauf zurückzuführen ist, daß von einem ungenauen oder unvollständigen Begriff des "Berufs" iSd Art. 12 I GG ausgegangen wird. Herkömmlicherweise versteht man unter "Beruf" iSd Art. 12 I GG "jede auf Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung"¹⁵⁾. Zwar hat das BVerfG klargestellt, daß der "Beruf" nicht nur im Rahmen des jeweils geltenden Berufsbildes verstanden werden darf, sondern daß auch die vom Einzelnen "frei gewählten untypischen (erlaubten) Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben mögen", von dem Schutz des Art. 12 I GG umfaßt werden¹⁶⁾. Es ist jedoch zu fragen, ob "frei gewählt" nicht in der Bedeutung von "frei wählbar" in dem Sinne verstanden werden muß, daß unter den Begriff "Beruf" nur solche selbstständigen und unselbstständigen Tätigkeiten fallen, die der Einzelne kraft eigener Rechtsmacht prinzipiell frei zu wählen und zu erfüllen imstande ist¹⁷⁾. Denn das Grundrecht der Berufsfreiheit ist wie alle "klassischen" Freiheitsrechte primär staatsgerichtet. Diese geben dem Einzelnen "subjektive Rechte auf Freiheit von - prinzipiell - j e d e r staatlichen E i n w i r k u n g inner-

14) Privateigentum S. 17 ff. - Näheres zur Überwachungstätigkeit der Technischen Überwachungsvereine vgl. oben § 3 Ziff. III, S. 95 ff. /96 f. dieser Arbeit.

15) v. Mangoldt-Klein GG I Art. 12 Anm. III 2; Leisner JUS 1962, 464 f. n.w.N..

16) Urteil v. 11.6.1958 (E 7, 377/397).

17) Dazu sind selbstverständlich auch die Tätigkeiten zu rechnen, für die ein Genehmigungs- oder Erlaubnisvorbehalt besteht; vgl. oben § 2 I, S. 70 ff.

halb einer bestimmten individuellen Rechtssphäre ..., d.h. aus der Abwehrstellung des einzelnen zu verstehende Individualitätsrechte"¹⁸⁾. Art. 12 I GG schützt daher einen bereits vorhandenen Freiheitsraum. Er betrifft dagegen nicht positive Statusrechte auf bestimmte Leistungen des Staates, die ihrerseits einem Privaten erst die Möglichkeit einräumen, eine bestimmte geartete Tätigkeit auszuüben, die dann möglicherweise ein neues Berufsbild ergeben kann. Insoweit geht daher die grundrechtliche Schutzfunktion des Art. 12 I GG ins Leere; ihre Anwendung auf diese Fälle stellt sich als ein "untauglicher Versuch am untauglichen Objekt" dar¹⁹⁾.

Geht man von der Abwehrfunktion auch des Art. 12 I GG aus, so folgt daraus, daß die Freiheit des Berufs solche Tätigkeiten nicht erfassen kann, die der Einzelne nicht kraft eigener Rechtsmacht, sondern erst auf Grund der Beleihung mit einem über seine natürliche Rechtsmacht hinausreichenden rechtlichen Können ausüben kann. Denn mag sich auch aus der Ausübung beliehener Tätigkeiten ein neues "Berufs"bild ergeben, so setzt dies doch zweifelsfrei die Beleihung voraus. Das aber heißt nichts anderes, als daß es hier eben an jenem durch Art. 12 I GG geschützten ursprünglichen Freiheitsraum fehlt. Richtigerweise wird man daher den Begriff "Beruf" iSd Art. 12 I GG dahin einzuschränken haben, daß er nur solche selbständigen und unselbständigen Betätigungen erfaßt, die jedes Privatrechtssubjekt auf Grund seiner zivilrechtlichen Rechtsmacht frei auszuüben vermag²⁰⁾. Zutreffend hat daher auch das BVerwG wiederholt festgestellt, daß das Grundrecht der freien Berufswahl seinem Wesen nach nicht für solche Berufe gelte, "die Aufgaben wahrnehmen, welche der öffentlichen Hand vorbehalten sind", wobei sich trotz der etwas bedenklichen Formulierung aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsbegründung ergibt, daß dabei ausschließlich an die Wahrnehmung spezifisch staatlicher Aufgaben in

18) Über, Freiheit des Berufs S. 17; ebenso BVerfG v. 15.11.1958 (E 7, 198/204); vgl. auch v. Mangoldt-Klein GG I Art. 12 Anm. II 3; Bachof GR III/1 S. 163, 172.

19) Rupp, Privateigentum S. 16 Fußn. 27.

20) In diesem Sinne dürfte wohl auch v. Mangoldt-Klein GG I Art. 12 Anm. V 2 a u. 3 zu verstehen sein; vgl. auch Rupp AöR Bd. 92, 223, der zur Debatte stellt, "ob es wirklich einen Sinn hat, die Beamtenberufe einerseits dem Grundrecht der Berufsfreiheit zu unterstellen, wenn andererseits in der Sache für sie lediglich Art. 33 GG gilt".

dem hier dargelegten Sinne gedacht ist²¹⁾. Denn die Ausübung spezifisch staatlicher ("hoheitlicher") Funktion ist der Verfügungsgewalt des Einzelnen entzogen; sie bedarf einer besonderen Ermächtigung durch den Staat. Dieser kann indes über seine Funktionen frei disponieren, sie hängen allein von seiner nur ermessensbestimmten Organisationsgewalt ab, die ja die Befugnis zur Bildung, Errichtung, Einrichtung und Ausstattung der Glieder und Organe der staatlichen Organisation umfaßt²²⁾. Sie erscheint notwendig überall dort, wo s t a a t l i c h e Aufgaben zu erledigen sind, und ihre Reichweite wird durch diese begrenzt. In diesem Bereich aber, "wo die staatliche Organisationsgewalt bestimmend sein muß, (kann) das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht die Freiheit des Zugangs zum Beruf umfassen"²³⁾.

Ist somit klaggestellt, daß sich Privatrechtssubjekte nicht auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen können, um als Beliehene "zugelassen" zu werden, da sie insoweit keinen "Beruf" iSd Art. 12 I GG ausüben wollen, so verlagert sich das Problem auf die Frage, ob sich ein anderes "Teilhabe-Grundrecht an Staatsfunktionen" im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes finden läßt. Ein solches Grundrecht müßte derart strukturiert sein, daß es einerseits dem Staat nicht die Verfügungsgewalt über seine Funktionen entzieht, andererseits aber, soweit er seine Funktionen an Nicht-Beamte oder Personen außerhalb des öffentlichen Dienstes überträgt, diesen eine gleiche Chance bei der Übertragung einräumt. Die Sicherung dieses sog. status activus, der die Mitwirkung am staatlichen Leben schlechthin und den Zugang zu den öffentlichen Ämtern im besonderen umfaßt, enthält Art. 33 GG. Das mögliche Maß an Freiheit der "Berufswahl" wird in diesen Fällen für den Einzelnen durch den gleichen Zugang aller zu allen vorhandenen öffentlichen Ämtern bei gleicher

21) BVerwG v. 10.5.1955 (E 2, 85/86 u. 2, 89/92); v. 24.1.1957 (E 4, 250/254); aa. insoweit Bachof GR III/1 S. 183; Ule GR IV/2 S.637.

22) Siehe dazu oben § 6 II, S. 151 f..

23) BVerfG v. 23.3.1960 (E 11, 30/40). - Bereits Über, Freiheit des Berufs S. 179, weist darauf hin, daß sich in dem Bereich der "Übertragung irgendwelcher beruflicher Betätigungsaufgaben durch Staat und Gemeinde auf einzelne Private, soweit es sich um echte hoheitliche ... Aufgaben handelt, ... die Freiheit des Berufs selbstverständlich nicht auswirken" kann.

Eignung gewährleistet²⁴⁾. Bei der Frage, ob und inwieweit sich eine Privatperson im Zusammenhang mit der Beleihung auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen kann, hat man daher stets die *D o p p e l n a t u r* der Tätigkeit eines Beliehenen im Auge zu behalten. Für die nicht spezifisch staatliche Grundtätigkeit, an die die Beleihung in der Regel anknüpft, z.B. als Tierarzt, Kapitän, Privatbahnbediensteter u.s.w., hat die staatliche Organisationsgewalt keinen Einfluß auf die volle Wirksamkeitserfaltung des Art. 12 I GG im Hinblick auf den Zugang zum Beruf. Soweit es sich dagegen um die Erfüllung spezifisch staatlicher Funktionen, z.B. der Fleischschau, der Ausübung von Polizeigewalt u.ä. handelt, ist eine Berufung auf Art. 12 I GG ausgeschlossen; hier ist eine "Zulassung" nur nach Maßgabe des Art. 33 GG möglich.

Art. 33 II GG, der für die Besetzung öffentlicher Ämter und damit auch für die Beleihung das Leistungsprinzip anerkennt und sich als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 GG darstellt, hat aber eine nur geringe praktische Bedeutung. Denn zwar räumt er jedem Bewerber um ein öffentliches Amt ein gleiches Zugangsrecht ein, aber es besteht - bedingt durch die staatliche Organisationsgewalt - kein durchsetzbarer Anspruch auf dessen Übertragung²⁵⁾. Das Recht des Staates auf *f r e i e* Auswahl unter den Bewerbern bleibt daher unberührt und wird allein durch die Verpflichtung zur fehlerfreien Ausübung des Ermessens beschränkt. Darüber hinaus kommt Art. 33 II GG im Rahmen der Beleihung insoweit nicht zum Tragen, als bei der gesetzlichen Funktionszuweisung eine ermessensbestimmte Auswahl unter potentiellen Bewerbern gar nicht stattfindet. Dagegen gewinnt sein Grundsatz in den Fällen der administrativen Beleihung in den aufgezeigten Grenzen Bedeutung. Der Anspruch auf Übertragung spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen und damit auf "Zulassung" als Beliehener beschränkt sich auf den freien Zugang, d.h. "das (Grund-)Recht (...) sich zu bewerben, und

24) Ebenso OVG Münster v. 20.2.1959 (DNotZ 1959, 433/436); LVG Hannover v. 14.4.1950 (DVBl. 1952, 702); Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 33 Rdn. 13; Rupp, Privateigentum S.16 Fußn. 27; Seybold-Hornig BNotO § 1 Rdn.10; Römer, Notariatsverfassung S.51 f.; Saage DNNotZ 1959,442; wohl auch Hans J. Wolff VR II § 104 I b, S. 364; vgl. auch Leisner JUS 1962, 465; ders. AöR Bd.93,192 ff.; Scheuner DVBl. 1958, 847 r.Sp.; Burger, Diss. S.65 ff..

25) BVerwG v. 21.6.1955 (E 2, 151/153); BGHZ v.20.12.1956 (E 25,36/43); v. Mangoldt-Klein GG II Art. 33 Anm. IV 1; Hamann GG Art.33 Anm. B 2; etwas abweichend Ule GR IV/2 S. 584 f. m.w.N..

damit die M ö g l i c h k e i t , in ein solches Amt berufen zu werden"²⁶⁾.

II. Zulässigkeit einer Zwangsbeleihung

Verfassungsrechtlich nicht weniger problematisch als die Frage nach einem Anspruch Privater auf "Zulassung" als Beliehene ist es, ob Privatpersonen gegen ihren Willen mit spezifisch staatlichen Verwaltungsfunktionen beliehen werden können. Allerdings stellt sich das Problem der Verfassungsmäßigkeit einer Zwangsbeleihung nicht für alle Beleihungsfälle. Auszuscheiden haben a priori diejenigen Fälle, in denen die Übernahme staatlicher Funktionen außerhalb des öffentlichen Dienstes auf freiwilliger Basis erfolgt. Außer Betracht bleibt demnach die administrative Beleihung, die rechtswirksam nur mit Zustimmung des Betroffenen erfolgen kann²⁷⁾. Verfassungsrechtliche Bedenken ergeben sich dagegen in den Fällen gesetzlicher Beleihung²⁸⁾. Sie werden durch Art. 12 GG begründet, der allen Deutschen nicht nur die freie Berufswahl sichert, sondern auch grundsätzlich jeden Arbeitszwang untersagt²⁹⁾. Es ist zwar weiter oben nachgewiesen, daß Beliehenentätigkeit kein "Beruf" iSd Art. 12 I GG ist und deshalb die Berufswahlfreiheit ihrem Wesen nach nicht Grundlage eines Beleihungsanspruches sein kann, daß vielmehr für den Zugang zur Beleihung Art. 33 II GG analog dem öffentlichen Dienst als Sondernorm gilt. Aber Art. 33 GG gibt gegenüber Art. 12 I

26) v. Mangoldt-Klein GG II Art. 33 Anm. IV 5 (Hervorhebung v. Verf.); vgl. Tietgen, Zugang S. 324 ff. - Der Auffassung Hans J. Wolffs VR II § 104 II a 2, S. 366 kann daher nicht gefolgt werden, soweit er den Ersatzschulen einen auf Art. 7 IV 3 GG beruhenden gesetzlichen Anspruch auf Beleihung zubilligt. Art. 7 IV 3 GG gewährt nur einen Anspruch auf den Betrieb einer privaten Ersatzschule (= "Erlaubnis"), nicht dagegen auf den Betrieb einer "anerkannten" Ersatzschule (= "Beleihung").

27) Vgl. dazu oben § 5 I 2 b aa, S. 137 f.

28) Das gilt für den Kapitän, Luftfahrzeugführer, Jagdausübungsberechtigten, Bauunternehmer, Börsenvorstand und Schiedsmann.

29) Die Frage ist keineswegs von nur theoretischem Wert. Sie kann durchaus praktisch werden, wenn z.B. einem Beliehenen eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung der sich aus seiner Rechtsstellung ergebenden Rechte und Pflichten zur Last gelegt wird und der Staat gem. Art. 34 S. 2 GG im Rückgriff gegen diesen vorgehen will. - Zur Staatshaftung vgl. u. § 8 IV.

GG umgekehrt nichts als "Sonderregelung" eines Dienstzwanges für einen Zwang zur Beleihung her. Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit wie auch immer gearteter Arbeitszwangsmöglichkeiten sind auch für den öffentlichen Dienst und dementsprechend auch für die Zwangsbeleihung allein die Grundsätze maßgebend, die in Art. 12 GG niedergelegt sind³⁰⁾, abgesehen von den hier außer Betracht stehenden speziellen Möglichkeiten der Dienstverpflichtung nach Art. 12 a GG. Die Anwendbarkeit des Art. 12 GG auf Zwangsbeleihungen ergibt sich schon daraus, daß erzwungene Beliehenentätigkeit stets - teils unmittelbar selbst, teils im Hinblick auf die bisherige berufliche Tätigkeit der beliehenen Privatperson - Zwang zum Arbeiten ist.

Fraglich ist allerdings, an welcher Einzelbestimmung des Art. 12 GG die Zulässigkeit einer Zwangsbeleihung zu messen ist. Das Verhältnis von Art. 12 I zu Art. 12 II und III GG ist noch nicht abschließend geklärt. Man ist sich uneinig, ob Art. 12 II GG sowohl vor erzwungener B e r u f s a r b e i t als auch vor jedem A r b e i t s - z w a n g schlechthin schützt³¹⁾, oder ob sich die Zulässigkeit nur von Berufszwang nach Art. 12 I GG bemißt, während Art. 12 II und III GG gegen jeden sonstigen Arbeitszwang gerichtet ist³²⁾. Dieser letztgenannten Ansicht wird man m.E. den Vorzug geben müssen. Art. 12 I GG beschränkt sich nicht auf den verfassungsrechtlichen Schutz der B e r u f s w a h l und der B e r u f s a u s ü b u n g, wie man aus seinem Wortlaut schließen könnte, sondern er schützt die Freiheit der b e r u f l i c h e n B e t ä t i g u n g schlechthin³³⁾. Diese Freiheit ist umfassend sowohl als Freiheit vor staatlichen Eingriffen i n eine Berufstätigkeit als auch als Freiheit von Zwang z u einer Berufstätigkeit zu verstehen, denn in beiden Fällen steht die Freiheit des B e r u f s in Frage. Infolgedessen gewährleistet Art. 12 I GG auch die Freiheit von jedem Zwang zu einer bestimmten Berufsarbeit oder zu einer Arbeit in einem bestimmten freigewählten Beruf; er stellt sich als abschließende Regelung des Lebensatzbestandes "Beruf" dar³⁴⁾. Der verfassungsrechtliche Schutz gegen Zwang

30) Vgl. Über, Festschrift f. Schack, S. 175.

31) In diesem Sinne Bachof GR III/1 S. 258 m.w.N..

32) Über, Festschrift f. Schack, S. 173 f.; Göppel, Diss. S. 8 ff..

33) BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/401); Über, Freiheit des Berufs S. 103 ff., 192 ff..

34) Über, Festschrift f. Schack, S. 173; Göppel, Diss. S. 10, 99; vgl. aber auch Bachof GR III/1 S. 258.

zu sonstiger Arbeit ergibt sich demgegenüber allein aus Art. 12 II und III GG.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit beider Bestimmungen ist gleichermaßen das Vorliegen von "Arbeitszwang". Die Erschließung des Sinngehaltes dieses Begriffs kann allein am Wesensgehalt dieser Bestimmungen und an der Menschenwürde orientiert sein. "Arbeit" ist danach ohne Rücksicht auf etwaige sonstige Bezeichnungen als "Dienst" oder "Leistung" als jedes bewußt gewollte und planmäßig durchgeführte menschliche Tun zu verstehen. Die Freiheit von Arbeitszwang wendet sich gegen jede "rechtliche oder nur tatsächliche, unter Umständen nur mittelbare Gebundenheit gegenüber dem Staat" bei der Erfüllung solcher Tätigkeit³⁵⁾.

Kann es danach keinem ernsthaften Zweifel unterliegen, daß die mit der Beleihung zwangsläufig von dem Beliehenen zu erbringenden Leistungen sich als Arbeit iSd Art. 12 GG darstellen, so fragt es sich, ob ebenso eindeutig ein staatlicher Zwang dazu bejaht werden kann. Das wäre dann der Fall, wenn für den Beliehenen eine Rechtspflicht zum Handeln bestünde. Dagegen könnte man einwenden, das Wesen der Beleihung liege nicht in einer Dienstverpflichtung, sondern in der Erweiterung der Rechtsstellung eines Privatrechtssubjekts; davon Gebrauch zu machen, müsse aber dem Belieben des Beliehenen überlassen bleiben. Bei dieser Argumentation würde freilich übersehen, daß die Übertragung spezifisch staatlicher Verwaltungsfunktionen auf eine Privatperson ja nicht zu deren Selbstzweck, sondern im Interesse des Staates erfolgt; diesem ist der Beliehene auch für die tatsächliche Wahrnehmung der verliehenen Funktionen verantwortlich. Darüber vermögen auch nicht gesetzliche Formulierungen hinwegzutäuschen, die vielfach nur auf die "Berechtigung" des Beliehenen abstellen. Es wäre verfehlt, daraus folgern zu wollen, der Beliehene habe nur das Recht, nicht auch die Pflicht zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Funktionen. Denn mit der Übertragung wird der Staat von der Verantwortung für deren ordnungsgemäße Ausübung keineswegs entbunden; er muß sie im Gegenteil gewährleisten. Infolgedessen ist der Staat gehalten, wenn er auf die Übertragung einzelner Verwaltungs-

35) Über, Festschrift f. Schack, S. 174; vgl. Bachof GR III/1 S. 258 ff.

aufgaben und -befugnisse auf Private nicht ganz verzichten will, mit der Beleihung die R e c h t s p f l i c h t zu konstituieren, nach der der Beliehene in den Grenzen seiner Berechtigung auch tatsächlich tätig werden muß³⁶⁾. Diese der Beleihung immanente Pflicht zum Tätigwerden bedeutet aber nichts anderes als Arbeitszwang.

Nach diesen grundsätzlichen Erwägungen, fragt es sich nunmehr, inwieweit unter den hier in Frage stehenden Beleihungsfällen deren Zuständigkeit ohne Einwilligung des Betroffenen nach Art. 12 I 1 oder Art. 12 II, III GG geprüft werden muß. Die Lösung dieses Problems ergibt sich nicht allein durch einen Hinweis auf das früher gewonnene Ergebnis, daß die Beleihung und die damit verbundene Ausübung von staatlichen Kompetenzen nicht als Beruf iSd Art. 12 I GG angesehen werden kann. Denn ihre Ausübung ist gleichwohl "Arbeit" und die rechtliche Verpflichtung dazu "Zwang". Entscheidend ist, ob insofern auch von B e r u f s z w a n g gesprochen werden kann.

Als Zwangsmöglichkeit im Rahmen des Art. 12 I GG kommt insbesondere auch die Arbeit i n einem bestimmten Beruf in Betracht³⁷⁾. Mit Göppel ist damit die "berufsinhärente Arbeitspflicht" als identisch anzusehen, die dem Einzelnen "wegen und im Rahmen seines Berufs" auferlegt wird³⁸⁾. Denn die zwangsweise Einwirkung auf den Beruf kann sich nicht nur in einer Einschränkung, sondern auch in der Auflegung eines M e h r an beruflicher Tätigkeit manifestieren. Als Beispiele einer derartigen berufsinhärenten Arbeitspflicht seien z.B. die Pflichtverteidigung durch den Rechtsanwalt, die Verpflichtung von Sachverständigen zur Gutachtertätigkeit, die Heranziehung der Kreditinstitute im Rahmen der Währungsumstellung genannt. Gemeinsam ist allen diesen Fällen, daß die Betroffenen nicht in einer berufs- oder gewerbe f r e m d e n Tätigkeit verpflichtet werden, sondern von ihnen zusätzliche Arbeitsebenen in ihrem

36) Vgl. die Formulierungen z.B. in § 106 II SeemG; § 10 I 1 SchO; § 29 III LuftVG; § 8 II 1 BörsG; §§ 28, 29 bgyJagdG iVm § 23 BJagdG.

37) Zu den möglichen Erscheinungsformen von Berufszwang vgl. Über, Festschrift f. Schack S. 175.

38) Diss. S. 98 f..

Beruf oder Gewerbe gefordert wird. Ihre Zulässigkeit bemißt sich demnach auch allein nach Art. 12 I GG. Die gleiche Bewertung muß m.E. auch die Beleihung von Kapitänen, Luftfahrzeugführern sowie von Börsenvorständen erfahren. Diesen Berufen ist bereits ohne die Beleihung die Ausübung von Sicherheits- und Ordnungsfunktionen immanent, die sich jeweils aus einem zivilrechtlichen Hausrecht herleiten lassen. Die mit der Beleihung notwendig verbundene Indienstnahme des Privaten knüpft zunächst an diese Tatbestände an. Die Berufsträger werden zur Ausübung des Hausrechts gesetzlich insoweit verpflichtet, als es zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung erforderlich ist. Dieser Verpflichtung zur Wahrnehmung von Ordnungsfunktionen entspricht die damit zugleich ausgesprochene Berechtigung, gegebenenfalls auch spezifisch staatliche Machtmittel zu ihrer Erfüllung einzusetzen. Der Tatbestand erfährt dadurch keine Veränderung, da die Grundlage der Beleihung stets eine ganz bestimmte, mit ihre korrespondierende B e r u f s - tätigkeit ist. Es handelt sich daher in diesen Fällen um echten B e r u f s zwang, dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit sich daher auch insoweit nach Art. 12 I GG bestimmen kann.

Die Zwangsbeleihung stellt sich nicht als Einschränkung der Berufswahl, sondern lediglich als Regelung der Berufsausübung dar. Nach heute einhelliger Meinung ist im Anschluß an die Stufentheorie des BVerfG eine Berufsausübungsregelung bei grundsätzlicher Wahrung des Freiheitsrechts dann zulässig, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie als zweckmäßig erscheinen lassen. Berücksichtigt werden dürfen hierbei in weitem Maße Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit, soweit dadurch Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit abgewehrt werden können³⁹⁾. Für die Zwangsbeleihung der Kapitäne, Luftfahrzeugführer und der Börsenvorstände ist das Vorliegen derartiger Gründe zu bejahen. Dafür spricht zunächst, daß im Grunde, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, die in der Mehrbelastung enthaltene Berufsbeschränkung geringfügig ist und nicht allzu erheblich ins Gewicht fällt. Andererseits sprechen für diese Regelung auch überzeugende Zweckmäßigkeitserwägungen. Schiff und Luftfahrzeug sind bei der Fahrt bzw. dem Flug

39) BVerfG v. 11.6.1958 (E 7, 377/405 ff.).

der staatlichen Ordnungsgewalt entzogen, ohne daß aber auf diese ganz verzichtet werden kann. Die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung im Rahmen des Eigentums ist aber zunächst Aufgabe des Eigentümers selbst, in dessen Rechte der Staat nicht ohne weiteres dadurch eingreifen kann, daß er dem Schiffs- oder Luftfahrzeugführer oder dem Börsenvorstand die ständige Zusammenarbeit mit Trägern staatlichen hoheitlicher Ordnungs- und Polizeigewalt aufgibt.

Die Kombination, dem Träger des zivilrechtlichen Hausrechtes die Befugnis einzuräumen, zu dessen Wahrung gegebenenfalls staatliche Hoheitsmacht selbst einsetzen zu dürfen, wird nach alledem diesen Ausnahmesituationen am besten gerecht und erscheint bei vernünftiger Berücksichtigung der Erfordernisse des Gemeinwohls auch als die zweckmäßigste Regelung; sie entspricht damit auch den Anforderungen des Art. 12 I GG für eine solche Berufsausübungsregelung.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der übrigen Beleihungsfälle ohne Zustimmung des Betroffenen bemißt sich demgegenüber nicht nach Art. 12 I GG, da hier von einer berufsinhärenten (Mehr-) Arbeit nicht mehr gesprochen werden kann. Bereits beim Bauunternehmer wird man kaum ernsthaft behaupten können, die ihm auferlegte verkehrsregelnde Tätigkeit stelle sich für ihn als ein Mehr an B e r u f s a r b e i t dar. Ganz deutlich wird dies bei den Schiedsmännern, die ja diese Funktion ehrenamtlich ausüben, mithin aus der Natur der Sache den verschiedensten Berufen angehören, denen kaum allen die Aufgaben eines Schiedsmannes inhärent sein dürften. Nicht anders verhält es sich bei der Beleihung von Jagdausübungsberechtigten, bei denen die Beleihung überhaupt nicht an einen bestimmten Beruf anknüpft, ein solcher für die Beleihung auch gar nicht vorausgesetzt wird. Wenn demgegenüber Göppel geltend macht, auch die berufs f r e m d e Arbeit unterstehe der ausschließlichen Herrschaft des Art. 12 I 1 GG, da sie doch auch wegen und im Rahmen des Berufs auferlegt werde⁴⁰⁾, so kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Bereits begrifflich besteht zwischen "berufsinhärent" und "berufsfremd" ein unüberbrückbarer Gegensatz. Wie seine Beispiele der Pflichtverteidigung des Anwaltes oder der Gutachterpflicht des Sachverständigen zeigen, versteht Göppel den Begriff "berufsinhärent" in der hier dargelegten Bedeutung: die Arbeits-

40) Diss. S. 77, 103.

pflcht muß die B e r u f s tätigkeit als solche treffen. Das läßt sich aber weder für alle Fälle der staatlichen Indienstnahme schlechthin, wie Göppel meint, noch der Beleihung bejahen. Die Einziehung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber hat mit dessen unternehmerischer Tätigkeit ebensowenig zu tun wie die Verkehrsregelung mit der Tätigkeit des Bauunternehmers. Hier wird keineswegs B e r u f s arbeit in Anspruch genommen, sondern bestimmte Personen- gruppen werden zu einer ihrem Berufe oder Gewerbe völlig wesens- fremden Arbeitsverrichtung herangezogen. Da Art. 12 I GG aber aus- schließlich die Freiheit z u oder i n einem B e r u f oder Gewerbe schützt, kann diese nur im Rahmen eines bestimmten Berufs oder Gewerbes auferlegte berufs- und gewerbefremde Arbeit nicht - wie weiter oben nachgewiesen worden ist - an Art. 12 I GG, son- dern nur an Art. 12 II oder Art. 12 III GG gemessen werden⁴¹⁾.

Über die Abgrenzung des Verbots von Arbeitszwang iSd Art. 12 II GG und der Zwangsarbeit iSd Art. 12 III GG gehen die Ansichten freilich noch auseinander. Überwiegend wird der Unterschied der beiden Bestimmungen darin erkannt, daß sich Art. 12 II GG gegen "spezielle und gegenständlich begrenzte Einzelheranziehungen" wendet, Art. 12 III GG sich dagegen gegen eine "allgemein und gegenständlich unbegrenzte Arbeitspflicht" richtet⁴²⁾. Demgegen- über hat die Untersuchung Übers erwiesen, daß bereits nach Art. 12 II GG j e d e r Arbeitszwang schlechthin verboten ist, und daß eine Durchbrechung dieses Grundsatzes nur im Zusammenhang mit richterlich angeordneter Freiheitsentziehung nach Art. 12 III GG besonders zulässig sein soll⁴³⁾. Führt diese Ansicht unmittelbar zur Anwendung des Art. 12 II GG, wird die Zulässigkeit einer

41) Ebenso BFH v. 5.7.1963 (BStBl. III S. 468 ff.) und hessFG Kassel v. 28.11.1963 (DStZ/Eildienst 1964, 166), die die Zu- lässigkeit der Indienstnahme des Arbeitgebers im Rahmen der Erhebung der Lohnsteuer bzw. der Sozialversicherungsbeiträge nicht nach Art. 12 I 1 GG, sondern nach Art. 12 II GG prüfen; aa. BVerfG v. 29.11.1967 (E 22, 380/383), wonach die Verfas- sungsmäßigkeit der Verpflichtung der Banken zur Einbehaltung und Abführung der Kuponsteuer nicht an Art. 12 II, sondern an Art. 12 I GG zu messen ist; das BVerfG geht auf die vorer- wähnten Entscheidungen nicht ein.

42) Bachof GR III/1, S. 256 n.w.N. in Fußn. 383.

43) Festschrift f. Schack S. 178 f..

Zwangsbeileihung aber auch nach der Gegenmeinung an dieser Bestimmung zu überprüfen sein, da es sich insofern um eine spezielle und gegenständlich begrenzte Heranziehung handelt.

Die Verfassungsmäßigkeit einer nicht berufsinhärenten Zwangsbeileihung bestimmt sich demnach allein nach Art. 12 II GG. Nach dieser Bestimmung darf niemand zu einer Arbeit gezwungen werden, "außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht". Art. 12 II GG beinhaltet damit keine Ermächtigungsgrundlage für eventuelle gesetzliche Einschränkungen der prinzipiellen Freiheit von jeglichem Arbeitszwang, sondern der Verfassungsgeber hat d i e s e Dienstleistungspflichten von vornherein vom Arbeitszwang ausgenommen⁴⁴⁾. Gedacht ist dabei an öffentliche Dienstleistungspflichten allgemeiner Art, die alle Betroffenen in gleicher Weise belasten, vornehmlich an Notdienstleistungen, Feuerlösch- und Feuerwehrdienstpflichten⁴⁵⁾, Hand- und Spanndienste, Deichhilfe u.ä.. Für die Frage, inwieweit Fälle von Zwangsbeileihungen solchen zulässigen Dienstleistungspflichten zugerechnet werden können, werden sich generelle Grundsätze nur schwer aufstellen lassen. Als ein geradezu beunruhigendes Mißverständnis des Grund- und Freiheitsrechtes des Art. 12 II GG muß aber die Ansicht des BFH verworfen werden, der Gesetzgeber könne ohne Verstoß gegen diese Bestimmung z.B. die Arbeitgeber allgemein zur Mitwirkung bei der Erhebung der Lohnsteuer heranziehen, "um dadurch in möglichst einfacher Form einen möglichst vollständigen und schnellen Eingang der Lohnsteuer der Arbeitnehmer sicherzustellen"⁴⁶⁾. Die Unvereinbarkeit der Entscheidung mit Art. 12 II GG vermag auch nicht der Hinweis auf Art. 4 II Ziff. 3 lit.d MRK⁴⁷⁾ zu widerlegen, wonach als Zwangs- und Pflichtarbeit jede Arbeit oder Dienstleistung nicht gilt, die zu den "normalen Bürgerpflichten" gehört. Aus dieser Bestimmung kann nicht gefolgert werden, daß jedes Zwangsarbeit unter dem Gewande einer

44) Bachof GR III/1 S. 260; Hamann GG Art. 12 Anm. B 10; Über, Festschrift f. Schack S. 179/180; aa. v. Mangoldt-Klein GG I Art. 12 Anm. VII 2.

45) Vgl. BVerfG v. 17.10.1961 (E 13, 167/170).

46) v. 5.7.1963 (BStBl. III S. 468/469 r.Sp.).

47) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, Bundesrecht durch Gesetz über die MRK v. 7.8.1952 (BGBl. II S. 685).

"Bürgerpflicht" eingeführt werden dürfte. Als Bürgerpflicht in diesem Sinne kann vielmehr nur das angesehen werden, was als solche in einer freiheitlichen Demokratie gelten kann⁴⁸⁾. Ebensovienig vermag die Urteilsbegründung des hessFG Kassel zu überzeugen⁴⁹⁾. Denn abgesehen davon, daß das Gericht das Urteil des BFH insoweit mißversteht, als dieses doch eindeutig allein auf die Praktikabilität der Indienstnahme des Arbeitgebers abstellt, so ist es wenig überzeugend, wenn von der Tätigkeit des Arbeitgebers bei der Einziehung der Sozialversicherungsbeiträge gesagt wird, sie sei "geradezu eine Säule des modernen Sozialstaates", und wenn weiterhin festgestellt wird, das Grundgesetz würde sich selbst in Frage stellen, wenn es diese Pflicht nicht gutheißen würde. Was bei einer solchen Argumentation noch an Freiheit des Bürgers gegen staatliche Arbeitsverpflichtung übrigbleibt, läßt sich nur allzu leicht ersehen.

Die dem Wesensgehalt des Art. 12 GG immanente Freiheitsvermutung und die Gewährleistung einer umfassenden Freiheit von jeglichem Arbeitszwang führt zwingend zu einer engen Begrenzung der öffentlich-rechtlichen Dienstpflichten iSd Art. 12 II GG. Damit ist eine Praxis unvereinbar, die ohne jede Erklärung alle diejenigen Arbeitsverpflichtungen als zulässige "normale Bürgerpflichten" ansieht, durch die der Staat in möglichst einfacher Form möglichst vollständig und schnell die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben sicherstellen kann. Solche haushaltspolitischen Erwägungen sind es aber offensichtlich allein, aus denen der Staat für sich stillschweigend das Recht herleitet, unter Beeinträchtigung des Grundrechts der Freiheit von Arbeitszwang z.B. jedem Jagdausübungsberechtigten, jedem Bauunternehmer, jedem Betriebsinhaber u.ä. ohne deren Einwilligung die Wahrnehmung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben und -befugnisse aufzugeben. Mit Art. 12 II GG ist dieses Vorgehen jedoch kaum in Einklang zu bringen.

48) Echterhölter JZ 1956, 142/144.

49) v. 28.11.1963 (DStZ/Eildienst 1964/166).

III. Eigentumsschutz und Beleihung

Hat die Untersuchung oben I. ergeben, daß Privaten kein Anspruch auf die Übertragung spezifisch staatlicher Funktionen unter Berufung auf Art. 12 I GG zusteht, so fragt es sich gleichwohl, ob nach einmal erfolgter Beleihung der Staat die auf Private übertragenen Funktionen nur noch gegen eine Enteignungsentschädigung oder einen sonstigen Ausgleich zurücknehmen kann, mit anderen Worten, ob es "Privateigentum an Staatsfunktionen"⁵⁰⁾ gibt.

Der BGH hat dies eindeutig bejaht. Ausgehend von der Stellung der Technischen Überwachungsvereine als Beliehene hat er entschieden, auch wenn sie bestimmte öffentlich-rechtliche Kompetenzen nur unter dem Vorbehalt besäßen, daß der Staat sie nicht widerrufen, könne ihnen bei einem Widerruf eine Enteignungsentschädigung im Hinblick darauf gebühren, daß der Widerruf einen Eingriff in die wirtschaftliche Struktur des Vereins darstelle⁵¹⁾. Diese Urteilsbegründung ruft jedoch ernste Bedenken hervor, die nicht zuletzt in der Methode des Vorgehens des BGH zu suchen sind. Das Gericht führt aus, es gehe nicht so sehr darum, daß das beklagte Land öffentlich-rechtliche Kompetenzen des Klägers beschnitten, sondern darum, daß es damit zugleich in die wirtschaftliche Struktur des Klägers eingegriffen habe. Diese unter der Flagge der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" vollzogene stillschweigende Subsumtion staatlicher Kompetenzen unter den Begriff des Eigentums iSd Art. 14 GG unterstellt die Eigentumsfähigkeit nicht nur öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen, sondern sogar spezifisch staatlicher Funktionen als selbstverständlich, was aber gerade beweiswürdig ist⁵²⁾.

Diese Frage ist aber außerordentlich umstritten⁵³⁾. Hatte der große Zivilsenat des BGH in seinem grundlegenden Beschluß vom

50) So die gleichnamige Schrift von Rupp.

51) BGHZ v. 30.9.1957 (E 25, 266/269.f.). - Vgl. hierzu und zum folgenden Werner Weber AöR Bd. 91, 382 ff..

52) Rupp, Privateigentum S. 30 f.; vgl. auch Nicolaysen, Festschrift f. Schack S. 108 ff..

53) Vgl. dazu insb. Brammen, Diss. S. 48 ff. m.w.N..

10.6.1952 entschieden, die Eigentumsgarantie müsse "auf jedes vermögenswerte Recht bezogen werden, gleichgültig, ob es dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Recht angehört"⁵⁴⁾, so verhielt sich das BVerfG in dieser Frage bei weitem zurückhaltender. Das Gericht führte anfänglich aus, die bisherige Lehre und Rechtsprechung habe "überwiegend zwar private Vermögensrechte ..., nicht aber subjektive öffentliche Rechte zum Eigentum im Sinne der Enteignungsbestimmungen gerechnet"⁵⁵⁾. Diese Rechtsprechung wurde später dahin konkretisiert, daß "Eigentum" iSd Art. 14 GG "jedenfalls g r u n d - s ä t z l i c h vermögenswerte Rechte des öffentlichen Rechts n i c h t umfaßt"⁵⁶⁾. Gleichzeitig wurde aber die Frage aufgeworfen, "ob öffentlich-rechtliche Ansprüche denkbar sind, die so starke privatrechtliche Elemente enthalten, daß sie dem verfassungsrechtlichen Begriff des Eigentums zugerechnet werden müssen"⁵⁷⁾. Für diese Beurteilung sei maßgebend, ob der das subjektive öffentliche Recht begründende Tatbestand seinem Inhaber eine Rechtsposition verschaffe, "die derjenigen des Eigentümers so nahe kommt, daß Art. 14 GG Anwendung finden muß"⁵⁸⁾. Das sei dann der Fall, wenn sie so stark ist, "daß es nach dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes als ausgeschlossen erscheint, daß der Staat sie ersatzlos entziehen kann"⁵⁹⁾.

Diese sog. "differenzierende Lösung"⁶⁰⁾ bedurfte freilich noch einer weiteren Konkretisierung, die den den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmalen greifbare Konturen gab. Diese erarbeitet zu haben, ist vornehmlich das Verdienst von Dürig. Wenn die Verfassung, so führt er aus, die Entfaltungsfreiheit und damit die "eigenverantwortliche Tätigkeit" des Menschen als den die Menschenwürde ausmachenden Hauptwert ansehe, so schütze sie in gleichem Maße auch das Ergebnis dieser Tätigkeit (die Leistung), das sich als "Vergegenständlichung" der persönlichen Entfaltungsfreiheit in der äußeren Güterwelt niederschlage (= "Eigen-

54) E 6, 270/278.

55) Urteil v. 30.4.1952 (E 1 264/277); ebenso BVerwG v. 3.5.1956 (DVBl. 1956, 616/617).

56) Urteil v. 1.7.1953 (E 2, 380/399) - Hervorhebung d.Verf..

57) a.a.O. S. 402.

58) Beschluß v. 21.7.1955 (E 4, 219/241).

59) Beschluß v. 7.5.1963 (E 16, 94/112).

60) Vgl. dazu Brammen, Diss. S. 65 ff. m.w.N..

tum")⁶¹⁾. Mithin sei es bei der Beurteilung des Eigentums unerheblich, ob diese eigenverantwortliche Leistung in einer Sache, einer privatrechtlichen Forderung oder aber in einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung ihren Niederschlag gefunden habe. Denn "Eigentum iSd Art. 14 GG sind (nur) die durch eigenverantwortliche Leistung erworbenen vermögensrechtlichen öffentlichen Berechtigungen"⁶²⁾.

Überträgt man diese Grundsätze auf die hier erörterten Beleihungsfälle, so könnte man insbesondere im Hinblick auf den Notar, aber wohl auch auf den Beschauer, den Sachverständigen und Prüfer im Kraftfahrwesen und den Privatschulträger geltend machen, ihnen stehe gleich den Beamten "sicher ein durch seine Dienstleistung erworbenes Recht in dem Sinne zu, daß der Staat es nicht ohne Kompensation entziehen kann"⁶³⁾. Diese Betrachtungsweise würde allerdings zwei Fragenkomplexe vermengen, die scharf von einander zu trennen sind. Es ist eine Frage, ob der Beliehene für die Ausübung staatlicher Funktionen auf Grund einer dem Beamtenrecht angenäherten dienstrechtlichen Position einen eigentumsschutzfähigen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf eine finanzielle Gegenleistung erwirbt; eine andere Frage ist es dagegen, ob der Beliehene an der ihm übertragenen Funktion Eigentum iSd Art. 14 GG erwirbt⁶⁴⁾. Letzteres ist eindeutig zu verneinen. Dürig hat insofern zutreffend ausgeführt, aus Art. 14 GG hätten diejenigen subjektiven öffentlichen Rechteausscheiden, bei denen der Rechts t r ä g e r seinerseits in ö f f e n t l i c h - rechtlicher Eigenschaft berechtigt ist⁶⁵⁾. Denn dabei handelt es sich gar nicht um ein subjektives öffentliches Recht, sondern nur um bloße "Zuständigkeiten"

61) Festschrift f. Apelt S. 27; JZ 1958, 22 r.Sp.

62) Festschrift f. Apelt S. 41. Diese Ansicht dürfte der heute herrschenden Meinung entsprechen; vgl. etwa BVerfG v. 7.5.1963 (E 16, 94/113); BSG v. 19.3.1957 (JZ 1958, 20/21 r.Sp.); Hamann GG Art. 14 Anm. B 1 c; Kimminich BK Art. 14 Rdn. 19; Werner Weber GR II S. 253; f.; Rupp, Privateigentum S. 15; unklar v. Mangoldt-Klein GG Art. 14 Anm. III 1 c; gegen jede Ausweitung des Eigentumsschutzes auf subjektive öffentliche Rechte spricht sich E.R. Huber WiVR II S. 19 aus.

63) So für Beamte BVerfG v. 7.5.1963 (E 16, 94/113).

64) Unrichtig daher insoweit auch Winter DÖV 1962, 736.

65) JZ 1954, 9 Fußn. 27.

("Kompetenzen") innerhalb der staatlichen Hoheitsorganisation, sicherlich aber nicht um ein "Grundrecht", da es an einem im Grundrechtsbegriff vorausgesetzten Anspruchsgegner fehlt⁶⁶⁾. Wenn Dürig gleichwohl die weiter oben erwähnte Entscheidung des BGH billigt, so deshalb, weil es sich nach seiner Meinung "um einen Sonderfall, nämlich um ein beliehenes P r i v a t unternehmen handelt, das im Vertrauen auf die Beleihung Aufwendungen gemacht hatte"⁶⁷⁾. Diese Ansicht ist allerdings insofern inkonsequent, als doch auch ein Privatrechtssubjekt im Rahmen der beliebhenen Funktionen "in öffentlich-rechtlicher Eigenschaft" berechtigt ist. Insoweit ist daher den überzeugenden Ausführungen Rupps beizupflichten, der diese Frage einer eingehenden Untersuchung unterzogen hat. Rupp verweist auf den allgemeinen Grundsatz im Beamtenrecht, daß kein Beamter ein subjektives öffentliches Recht, geschweige denn ein Eigentumsrecht, auf seine oder eine bestimmte Staatsfunktion hat. Dies muß aber um so mehr für die Beliebhenen gelten, da diese nicht einmal in einer solch engen Pflichtenstellung eines öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses stehen⁶⁸⁾. Auch das BVerfG hat betont, daß es sich für den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG "um eine des Grundrechtsschutzes fähige Rechtsposition des Bürgers gegenüber dem Staat handeln" muß⁶⁹⁾. Das ist aber bei der staatlichen Funktion nicht gegeben. Denn würde man den Eigentumsschutz an wesensmäßig gemeinschaftsbezogenen Staatsfunktionen bejahen, richteten sich diese dann gegen ihren ursprünglichen und eigentlichen Träger. Damit würde aber die gesamte staatliche Organisation auseinanderfallen, da der Staat sich "in einen Pluralismus gegen ihn gerichteter autonomer Bestandteile" auflösen würde⁷⁰⁾.

66) Festschrift f. Apelt S. 37; vgl. auch Forsthoff VR S. 420: "Die Zuweisung einer Kompetenz bedeutet in keiner Weise die Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechts. Die Kompetenz ist ein Begriff der institutionellen Sphäre ... (Sie) gibt der mit ihr beliebhenen Behörde das Recht ..., von den in der Kompetenz liegenden Befugnissen Gebrauch zu machen. Aber die Behörde hat k e i n R e c h t a u f d i e K o m p e t e n z ". Zur Behördeneigenschaft des Beliebhenen siehe unten § 8 I, S. 189 ff.

67) Festschrift f. Apelt S. 38 Fußn. 56 e.E.

68) Rupp, Privateigentum S. 22 und 23.

69) Beschluß v. 7.5.1963 (E 16, 94/112).

70) Rupp, Privateigentum S. 16, 23; ders. AöR Bd. 92, 242; aA. Werner Weber AöR Bd. 91, 400 f..

Allein diese Betrachtungsweise läßt sich auch ohne Schwierigkeiten mit dem oben dargelegten Begriff des Eigentums iSd Art. 14 GG in Einklang bringen. Wenn dieser eine durch eigenverantwortliche Tätigkeit geschaffene Leistung voraussetzt, so läßt sich eine solche Eigenleistung hinsichtlich des Erwerbs staatlicher Funktionen durch den Beliehenen nicht nachweisen, da dieser allein auf einseitiger Übertragung seitens des Staates beruht. Das Gegenteil kann jedenfalls nicht mit der Behauptung dargetan werden, bestimmte Investitionen, die der Beliehene vorgenommen habe, um die Befugnisse wirksam ausüben zu können, würden im Falle des Entzuges eben dieser Funktion "weitgehend wertlos" und dieser stelle "deshalb" eine Enteignung dar⁷¹⁾. Diese Verallgemeinerung ist schon deshalb unrichtig, weil keineswegs von jedem Beliehenen zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen notwendig Aufwendungen gemacht werden (vgl. etwa die Beschauer, den Kapitän und den Luftfahrzeugführer, den Börsenvorstand, die Sachverständigen und Prüfer für den Kraftfahrzeugverkehr etc.). Darüber hinaus bleibt völlig ungeklärt, wie sich der "Eigentums"übergang vollzogen haben soll. Vielmehr dürfte diese Ansicht ebenso wie die vorerwähnte Entscheidung des BGH von der Erwägung getragen sein, man könne dem Beliehenen nicht entschädigungslos die ihm übertragenen Funktionen entziehen, weil er damit auch zugleich seinen "Beruf" verlieren würde. Gerade dies ist aber in der Regel nicht der Fall. Denn es liegt in der Natur der Beleihung, was auch die Untersuchung der einzelnen Beleihungsfälle bestätigt hat, daß die übertragenen Funktionen für den Beliehenen grundsätzlich nur eine untergeordnete Bedeutung im Vergleich zu der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewinnen. Es ist unschwer einzusehen, daß der Widerruf der Beleihung die ihr zugrundeliegende berufliche oder gewerbliche Tätigkeit z.B. der Kapitäne, Bauunternehmer, Tierärzte, Privatschulträger u.ä. weder mittelbar noch unmittelbar beeinträchtigen kann; sie besteht - einschließlich aller wirtschaftlichen Risiken - materiell unverändert wie vor der Beleihung fort. Insofern kommt auch dem mit dem Widerruf der Beleihung teilweise verbundenen Fortfall wirtschaftlicher Vorteile - z.B. der realen Aussicht eines Privatschulträgers auf Mehreinnahmen infolge einer größeren Schülerzahl auf Grund der Abnahme allgemein anerkannter

71) Winter DÖV 1962, 736 r.Sp..

Prüfungen - keine besondere Bedeutung zu; sie sind nur bloße Tatsachenreflexe der Beleihung, die von der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie nicht umfaßt werden⁷²⁾. Aus alledem folgt aber, daß der Staat jederzeit die ausgesprochene Beleihung wieder aufheben kann, ohne sich dadurch einem Anspruch des Betroffenen auf Entschädigung unter Berufung auf Art. 14 GG auszusetzen.

Eine differenzierte Beurteilung ist freilich im Hinblick auf den Weinkontrolleur und den Notar erforderlich. Soweit es den Notar betrifft, könnte man zwar auch hier geltend machen, dem Notar stünde im Falle der Aufhebung der Beleihung die Möglichkeit offen, eine rechtsberatende Tätigkeit auszuüben. Bei dieser Argumentation würde man indes übersehen, daß das historisch gewachsene Berufsbild des Notars und die hieran anknüpfende gesetzliche Regelung mit der Ausübung staatlicher Funktionen engstens verknüpft ist und durch sie auch charakterisiert wird. Noch deutlicher wird diese Verknüpfung bei dem Weinkontrolleur, für den die Wahrnehmung der ihm übertragenen staatlichen Funktionen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nur "im Hauptberufe" möglich ist und diese somit selbst sein eigentlicher Beruf wird. Der Notar und der Weinkontrolleur sind die Fälle einer Beleihung, bei denen eine Unterscheidung der Ausübung spezifisch staatlicher Funktionen und einer ihr zugrundeliegenden privaten und "hauptberuflich" ausgeübten Tätigkeit nicht möglich ist. Der Entzug des Rechtes, spezifisch staatliche Aufgaben und Befugnisse wahrzunehmen, würde in diesen Fällen tatsächlich die Beendigung des "Berufs" des Notars bzw. des Weinkontrolleurs und damit eine existentielle Gefährdung seiner Träger bedeuten. Man wird daher ebenso wie bei der Zulassung zum Notariat auf die Rechtsgedanken des Art. 33 GG zurückgreifen müssen und dem Notar und dem Weinkontrolleur - ähnlich wie dem Beamten - im Falle des Entzuges der Beleihung einen unter den Eigentumsschutz des Art. 14 GG fallenden Ausgleichsanspruch zubilligen müssen. Zu dem Beamtenrecht einschließlich dem Versorgungsrecht ist dann allerdings kein weiter Schritt mehr, worauf Rupp völlig zu Recht hinweist⁷³⁾.

72) Vgl. hierzu Hans J. Wolff VR I § 43 I b, S. 264 ff..

73) Privateigentum S. 17 a.E.; ders. AöR Bd. 92, 242.

IV. Innenverhältnis Staat - Beliehener

Der Beleihungsakt, mag er sich als Gesetzgebungsakt oder als Verwaltungsakt darstellen, erzeugt eine Summe von Rechten und Pflichten, ein Rechtsverhältnis, zwischen dem beleihenden Staat oder einem sonstigen Träger hoheitlicher Verwaltung und der beleihenen Privatpersonen⁷⁴⁾. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sind auch zu dieser Frage wenig ergiebig, so daß der Rechtscharakter dieses Rechtsverhältnisses nur aus dem Wesen der Beleihung selbst und den sonstigen für den Beliehenen geltenden Vorschriften und Grundsätzen abgeleitet werden kann. Insofern hat das zu den Grundlagen der Beleihung Ausgeführte hinreichend deutlich gemacht, daß die Stellung des beleihenen Privatrechtssubjekts so umfassend von dem öffentlichen Recht bestimmt ist, daß auch das Innenverhältnis zu dem beleihenden Hoheitsträger nur diesem zugerechnet werden kann. Die Normen, die seinen Inhalt bestimmen, gehören dem staatlichen Organisationsrecht, nicht dem Zivilrecht an⁷⁵⁾.

Der Beliehene ist im Rahmen seiner Funktionen als Amtswalter i.w.S. anzusehen. In dieser Eigenschaft steht er in einem besonderen Amtswalterverhältnis zum Staat. Bei den meisten Amtsträgern läßt sich von diesem Amtswalterverhältnis, das diese zur Wahrnehmung staatlicher Funktionen verpflichtet, die in dem ihnen gerade zugewiesenen Amt zusammengefaßt sind, das sog. Grundverhältnis unterscheiden, das als öffentlich-rechtliches Dienst- oder als privatrechtliches Arbeitsverhältnis zur Wahrnehmung irgendeines Amtes einer bestimmten Art verpflichtet⁷⁶⁾. Beim Beleihungsverhältnis ist diese Unterscheidung jedoch nicht möglich, da dieses den Beliehenen ausschließlich zur Wahrnehmung einer seiner Funktion nach genau festgelegtes, "einzigartigen" Amtes verpflichtet⁷⁷⁾. Amtswalterverhältnis und Grundverhältnis fallen bei dem Beliehenen zusammen. Obgleich auch für den Beliehenen durch dieses Amtswalterverhältnis gegenüber anderen Privat-

74) Kormann, System S. 104 nennt diese Akte "Rechtsverhältnisse erzeugende Verfügungen".

75) Hans J. Wolff VR II § 104 III, S. 366; Römer, Notariatsverfassung S. 27; Fuhr GewO § 39 Rdn. 2; Eiser-Riederer-Sieder I EnergG § 13 Anm. 8 c, S. 289.

76) Hans J. Wolff VR II § 73 III a 3, S. 33.

77) Hans J. Wolff VR II § 110 VI a, S. 407.

personen ein erweiterter Rechts- und Pflichtenkreis begründet wird, ist das Beleihungsverhältnis von dem beamtenrechtlichen Dienst- und Treueverhältnis wohl zu unterscheiden, mit dem es allenfalls in einigen Aspekten Berührungspunkte aufweist. Dies ist notwendig durch die unterschiedliche Stellung im Rahmen der Staatsorganisation des Beamten einerseits und des Beliehenen andererseits bedingt. Die völlige Eingliederung des Beamten als Organwalter bewirkt insbesondere eine weitgehende Verminderung seines allgemeinen negativen Status⁷⁸⁾, was die bloße Angliederung des Beliehenen nicht erfordert und auch kaum rechtfertigen dürfte. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß derartige sog. besondere Gewaltverhältnisse⁷⁹⁾, die durch besondere verwaltungsrechtliche Tatbestände begründet werden und eine erhöhte Abhängigkeit des Einzelnen von der hoheitlichen Verwaltung zum Inhalt haben, nur zu natürlichen Personen bestehen können, neben den Beamten z.B. zu Schülern, Studenten, Soldaten, Strafgefangenen. Der beliehene Private ist aber in dieser Eigenschaft als Glied der Staatsorganisation Verwaltungsträger; als solcher steht er aber nur in einem öffentlichrechtlichen Auftragsverhältnis, nicht aber in einem besonderen Gewaltverhältnis⁸⁰⁾.

Dieses öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnis begründet zwischen dem Staat oder einem sonstigen Träger hoheitlicher Verwaltung und dem Beliehenen ein umfassendes Rechts- und Pflichtenverhältnis. Dem Recht des Beliehenen zur Wahrnehmung spezifisch, staatlicher Verwaltungsfunktionen in eigener Trägerschaft entsprechen weitreichende Pflichten, die gerade durch dieses Recht begründet und bedingt werden. Sie im einzelnen darzulegen, soll - um Wiederholungen zu vermeiden - an dieser Stelle nicht erneut unternommen werden. Die wichtigsten Rechte, die die Rechtsstellung des Beliehenen charakterisieren, sind für jeden Beleihungsfall ausführlich dargelegt und erörtert worden⁸¹⁾. Gleiches gilt für die Pflicht des Beliehenen zur tatsächlichen Ausübung der ihm an-

78) Hans J. Wolff VR II § 114 I a, S. 429.

79) Vgl. dazu Herb. Krüger u. Ule VVDStRL 15, 109 ff. u. 133 ff.; Forsthoff VR S. 115 f.; Hans J. Wolff VR I § 32 IV c 3,4, S. 163 f. m.w.N..

80) Hans J. Wolff VR II § 104 III, S. 366 f.; Brand, Diss. S. 66 ff.; Frantzen, Diss. S. 116 f.

81) Oben § 3, S. 90 ff..

vertrauten Staatsfunktionen bis zur Beendigung der Beleihung sowie für die Pflicht zur Unterwerfung unter das staatliche Aufsichts- und Weisungsrecht⁸²⁾. Auf sonstige Rechte und Pflichten des Beliehenen wird bei der Behandlung seiner Rechtsbeziehungen zu privaten Dritten noch näher einzugehen sein⁸³⁾.

V. Rechtsschutz des Beliehenen

Wegen der Überschneidung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Tätigkeit des Beliehenen sind stets auch Eingriffe seitens des Staates in dessen private Rechtssphäre möglich. Die Frage nach dem Rechtsschutz des Beliehenen gewinnt dadurch auch besondere Bedeutung. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Rechtsschutz gegen die Beleihung selbst und dem Rechtsschutz innerhalb des entstandenen Beleihungsverhältnisses.

1. Rechtsschutz des Privaten gegen eine Beleihung

Der Rechtsschutz des Privaten gegen eine Beleihung überhaupt stellt sich unterschiedlich dar, je nachdem, ob es sich um eine gesetzliche oder eine administrative Beleihung handelt. Da in den Fällen der g e s e t z l i c h e n Beleihung eine Konkretisierung durch Verwaltungsakt nicht erfolgt, mithin eine Anfechtungsklage nach § 42 VwGO nicht möglich ist, aber auch eine verwaltungsrechtliche abstrakte Normenkontrolle nach § 47 VwGO schon deshalb als Rechtsmittel auszuschneiden hat, weil die Beleihung nach geltendem Recht ausschließlich durch B u n d e s g e s e t z erfolgt, ist zu erwägen, ob die Erhebung einer V e r f a s s u n g s b e s c h w e r d e Rechtsschutz zu bieten vermag. Nach § 90 BVerfGG⁸⁴⁾ kann jeder mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben. Sie ist gegen alle Äußerungen der öffentlichen Gewalt, insbesondere auch gegen Gesetze zulässig⁸⁵⁾.

82) Vgl. oben § 6 III, S. 154 ff..

83) Vgl. dazu unten § 8.

84) Bundesverfassungsgerichtsgesetz v. 12.3.1951 (BGBl. I S. 243).

85) BVerfG v. 19.12.1951 (E 1, 97/100); Lechner BVerfGG § 90 I Anm. 2; Maunz-Sigloch-Schmidt/Bleibtreu-Klein BVerfGG § 90 Rdn. 77; Leibholz-Rupperecht BVerfGG § 90 Rdn. 30 f..

Voraussetzung ist aber insofern, daß der Beschwerdeführer behauptet, durch das angefochtene Gesetz tatsächlich selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem seiner Grundrechte verletzt zu werden⁸⁶⁾. Da der Private im Falle einer Beleihung gegen seinen Willen zumindest - wie weiter oben nachgewiesen worden war - die Verletzung der Freiheit des Berufs oder der Freiheit von Arbeitszwang (Art. 12 I und II GG) geltend machen kann, bestehen sachlich gegen die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde keine Bedenken. Gleichwohl dürfte diese sich in den allermeisten Fällen als ein untaugliches Rechtsmittel erweisen. Denn nach § 93 II BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde, die sich gegen ein Gesetz richtet, binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zu erheben. Diese Frist kann aber schon deshalb kaum eingehalten werden, weil die gesetzliche Beleihung an die Erfüllung bestimmter Tatbestände geknüpft ist, diese aber nicht notwendig innerhalb der Jahresfrist eintritt (z.B. der Erwerb eines Jagdgebietes und der damit verbundenen Jagd- ausübungsberechtigung). Die Verfassungsbeschwerde kann daher auch kaum zu dem gewünschten Rechtsschutz verhelfen⁸⁷⁾.

Die Verfassungsbeschwerde könnte jedoch im übrigen auch erst nach Erschöpfung des zulässigen Rechtsweges erhoben werden (§ 90 II BVerfGG). Es ist daher zu fragen, ob es dem Betroffenen unter den Voraussetzungen einer verwaltungsrechtlichen F e s t s t e l - l u n g s k l a g e nach § 43 I VwGO möglich ist, die Rechtsgültigkeit seiner Beleihung im Rahmen der richterlichen Prüfungszuständigkeit überprüfen zu lassen⁸⁸⁾. Mit einer solchen Klage kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Unter Rechtsverhältnis in diesem Sinne ist die durch einen konkreten Sachverhalt aktualisierte Beziehung zwischen Rechtssubjekten untereinander oder zu Sachen zu verstehen, welche sich als Rechtsfolge aus einem den konkreten Sachverhalt deckenden Rechtssatz

86) BVerfG v. 19.12.1951 (E 1, 97/101); v. 21.2.1957 (E 6, 273/277); vgl. dazu Leibholz-Rupperecht BVerfGG § 90 Rdn. 32 ff..

87) AA. Brand, Diss. S. 81/82, der aber offensichtlich § 93 II BVerfGG übersehen hat.

88) Bejahend Ipsen, Festschrift f. E. Kaufmann S. 150; Frantzen, Diss. S. 137 (ohne Begründung).

ergibt⁸⁹⁾. Daraus folgt, daß es nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte ist, im Rahmen einer Feststellungsklage Rechtsfragen nur um ihrer selbst willen rechtstheoretisch zu lösen, es sei denn, der Gesetzgeber hat ihnen ausdrücklich die abstrakte Normenkontrolle zugewiesen. Gegen die Zulässigkeit einer Feststellungsklage wird eingewendet, sie verfolge weniger die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Beleihungsverhältnisses als die Überprüfung des die Beleihung aussprechenden Rechtssatzes; dies sei aber nicht zulässig⁹⁰⁾. Diese Argumentation liefe letztlich darauf hinaus, daß die Feststellungsklage stets dann unzulässig wäre, wenn das in Frage stehende Rechtsverhältnis durch eine Gesetzesnorm begründet worden ist. Diese Einschränkung läßt sich indes weder aus § 43 VwGO herleiten noch mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG in Einklang bringen. Denn mit der Erfüllung eines bestimmten Tatbestandes durch einen Privaten wird ipso iure zwischen diesem und dem Staat oder einem sonstigen Träger hoheitlicher Verwaltung das Beleihungsverhältnis begründet. Mit der Prüfung seines Bestehens oder Nichtbestehens wird daher primär über ein sich aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund einer Rechtsnorm ergebendes Rechtsverhältnis entschieden; das aber ist gerade der Sinn einer Feststellungsklage. Es ist daher abschließend festzustellen, daß der Beliehene im Falle der gesetzlichen Beleihung deren Rechtmäßigkeit im Wege eines verwaltungsgerichtlichen Feststellungsverfahrens überprüfen lassen kann.

Unproblematisch sind die Rechtsschutzfragen im Zusammenhang mit einer a d m i n i s t r a t i v e n Beleihung. Sie stellt sich als ein Verwaltungsakt dar, gegen den sich der Betroffene nach erfolglosem Vorverfahren mit der A n f e c h t u n g s k l a g e nach § 42 VwGO wenden kann⁹¹⁾.

2. Rechtsschutz des Beliehenen im Rahmen des Beleihungsverhältnisses

Das zwischen der Beleihungsbehörde und dem Beliehenen begründete Rechtsverhältnis bringt es infolge der (Letzt-)Verantwortlichkeit

89) BVerwG v. 8.6.1962 (E 14, 235/236); Menger, System S. 233, 235; ders. GR III/2 S. 772; Hans J. Wolff VR III § 172 III a 1, S. 399; Eyermann-Fröhler VwGO § 43 Rdn. 3.

90) Brand, Diss. S. 82.

91) Brand, Diss. S. 83 f.; Frantzen, Diss. S. 137.

und der Aufsichtspflicht der staatlichen Behörden mit sich, daß an den Beliehenen gegebenenfalls Weisungen erteilt werden müssen. Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht im Wege der Anfechtungsklage nach § 42 VwGO wird dem Beliehenen jedoch nur dann gewährt, wenn es sich bei derartigen Weisungen um Verwaltungsakte handelt, die ihn in seinen Rechten verletzen. Grundsätzlich wird man aber amtliche Weisungen einer vorgesetzten Behörde an eine nachgeordnete in Auftragsangelegenheiten nicht als Verwaltungsakt qualifizieren können, da sie lediglich auf einen tatsächlichen, nicht einen rechtlichen Erfolg gerichtet sind. Insbesondere sind sie nicht bestimmt, den Beliehenen unmittelbar als Privatrechtssubjekt anzusprechen, sondern als Verwaltungsträger. Es würde dem Grundsatz der Einheit der Verwaltung widersprechen und jede geordnete Verwaltung unmöglich machen, wenn übergeordnete und untergeordnete Behörden gegeneinander prozessieren könnten⁹²⁾.

Eine klare Grenzlinie zwischen einer nicht anfechtbaren Weisung und einem anfechtbaren Verwaltungsakt ist gerade bei den Beliehenen wegen der intensiven Überschneidung und teilweisen Verschmelzung ihrer öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsstellung besonders schwer zu ziehen. Diese Besonderheiten machen es unmöglich, diejenigen Grundsätze auf das Beleihungsverhältnis zu übertragen, die heute für das besondere Gewaltverhältnis anerkannt sind. Die Unterscheidung in ein "Grundverhältnis", innerhalb dessen die ergehenden Akte verwaltungsgerichtlich angreifbar sind und in ein "Betriebsverhältnis", das vom verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nicht erfaßt wird⁹³⁾, läßt sich hier nicht vornehmen, abgesehen davon, daß die Vereinbarkeit dieser Lösung mit Art. 19 IV GG zumindest zweifelhaft ist⁹⁴⁾. Die im Rahmen eines Beleihungsverhältnisses auftretenden

92) BVerwG v. 28.12.1957 (E 6, 101/102); OVG Münster v. 19.4.1950 (E 2, 95/96); h.M.; vgl. Nachweise bei Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 53; Ule VwGO § 42 Anm. 5 a; Schunck-de Clerck VwGO § 42 Anm. 2 a ii.

93) Vgl. dazu Ule VVDStRL 15, 151 ff.; ders. GR IV/2 S. 612 ff.; ders. VwGO § 42 Anm. IV 4; Schunck-de Clerck VwGO Anm. 2 a gg; Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 47 ff.; Menger GR III/2 S. 744; Hans J. Wolff VR I § 46 VII, S. 306 f..

94) Forsthoff VR S. 120 ff./123 f..

Rechtsschutzfragen wird man daher nur dann befriedigend lösen können, wenn man zunächst berücksichtigt, daß es letztlich keinen Unterschied macht, ob sich eine konkrete Weisung an den Privaten als Beliehenen oder als Privatrechtssubjekt richtet. Das bedeutet nicht, daß jeder Akt der Beleihungs- und Aufsichtsbehörde als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, weil der Beliehene "fast immer" durch den Akt genauso in seinem eigenen Rechtskreis als Privatrechtssubjekt getroffen wird⁹⁵⁾. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung muß vielmehr sein, ob sich die Weisung im Rahmen der Weisungsgebundenheit der Privatperson in ihrer Eigenschaft als Beliehener hält, und ob sie durch das Weisungsrecht auch sachlich gedeckt wird. Soweit diese Grenzen überschritten werden, was sich immer nur für die konkrete Weisung entscheiden läßt, stellt sich die Maßnahme nicht mehr nur als eine nicht anfechtbare Weisung, sondern als anfechtbarer Verwaltungsakt dar, da die Privatperson insoweit dann nicht mehr allein in ihrer amtlichen Stellung angesprochen wird, in deren Rahmen sie allein dem Weisungsrecht unterliegt. Ein im Verwaltungsrechtsweg anfechtbarer Verwaltungsakt liegt daher immer dann vor, wenn sich eine aufsichtsbehördliche Maßnahme über die Weisungsgebundenheit des Beliehenen hinaus auch auf dessen privatrechtliche Rechtssphäre erstreckt⁹⁶⁾, also auch, wenn das Weisungsrecht etwa überschritten sein sollte.

95) So Obermayer, Verwaltungsakt S. 147.

96) Vgl. BVerwG v. 20.3.1962 (E 14, 84/87); Bachof Festschrift f. Laforet S. 307 iVm S. 303 ff.; Hans J. Wolff VR II § 104 III b 3, S. 367; Stein, Weisungsrecht S. 25 ff.; Frantzen, Diss. S. 70 ff..

§ 8. Rechtsbeziehungen zwischen dem Beliehenen und Dritten

I. Rechtliche Qualifizierung der Maßnahmen des Beliehenen

Für die Rechtsbeziehungen des Beliehenen zu Privatrechtssubjekten ist primär die Frage von Bedeutung, ob sie subordinationsrechtlich oder koordinationsrechtlich bestimmt sind, konkreter: ob der Beliehene gegenüber privaten Dritten Verwaltungsakte setzen kann, die gegebenenfalls im Verwaltungsrechtsweg angefochten werden können. Nach allem, was über das Wesen der Beleihung und die Rechtsstellung des Beliehenen im 1. Teil dieser Untersuchung ausgeführt worden ist, sollten an der Bejahung dieser Frage keine ernsthaften Zweifel bestehen, und diese Beurteilung wird auch in Rechtsprechung und Lehre vorwiegend geteilt¹⁾. Wenn gegen diese Auffassung gleichwohl Bedenken vorgetragen werden, so begründen sich diese auf die vermeintliche Unmöglichkeit, daß Private trotz der Beleihung mit spezifisch staatlichen Verwaltungsaufgaben und -befugnissen Verwaltungsakte erlassen können. Es sollte sich von selbst verstehen, führt Forsthoff aus, daß nur Akte der Verwaltungsbehörden, nicht aber Handlungen Privater die Bezeichnung Verwaltungsakt verdienen²⁾. Ob der Private bei der "Überbürdung von Verwaltungsangelegenheiten" nicht insofern auch den Charakter einer Verwaltungsbehörde hat, verneint er ohne jede Begründung, und er will dessen Verhältnis zu Dritten ausschließlich dem bürgerlichen Recht unterstellen, obwohl er an gleicher Stelle ausdrücklich darauf hinweist, daß diesem insoweit "hoheitliche" Aufgaben übertragen seien³⁾.

An dieser Stelle krankt freilich die Argumentation Forsthoffs,

- 1) Vgl. etwa BVerwG v. 18.10.1963 (E 17, 41/42); Hans J. Wolff VR II § 76 I c 5, S. 78 und § 104 V b, S. 368; Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 64; Ule VwGO § 42 Anm. IV 1 h a.E.; ders. Verwaltungsprozeßrecht S. 115; Schunck-de Clerck VwGO § 42 Anm. 2 b bb; Redeker-von Oertzen VwGO § 42 Rdn. 44; Klinger VwGO § 42 Anm. E I 4; E.R. Huber WiVR I S. 86; Öbermayer, Verwaltungsakt S. 67; Loening DV 1949, 87; B. Lehmann DV 1948, 134; Eiselt RWS 1962, 3; Perschel RWS 1964, 328.
- 2) VR S. 190.
- 3) VR S. 173; zustimmend Kullmann DÖV 1959, 569 l.Sp., der im Ergebnis aber gleichwohl der hier vertretenen Meinung folgt.

indem er von einem allgemeingültigen Behördenbegriff ausgeht, den es nicht gibt. Forsthoff selbst legt bei der Begriffsbestimmung der Behörde das Gewicht auf den institutionellen Aspekt, indem er als Behörde nur die Amtsinstitution erfassen will⁴⁾. W. Jellinek stellt demgegenüber auf das organisatorische Element ab und läßt für das Wesen der Behörde allein deren organisatorische Einheit entscheidend sein⁵⁾. Beide Komponenten verbindet der BGH, der aus dem institutionell-organisatorischen Behördenbegriff folgert, daß die mit Staatsaufgaben betrauten Privatrechtssubjekte mangels dieser Elemente nicht zu Behörden würden⁶⁾. Dieser enge, allein vom Organisationsrecht her bestimmte Behördenbegriff läßt sich auf den Beliehenen tatsächlich nicht übertragen. Zunächst fehlt ihm der institutionelle Charakter, worauf bereits an anderer Stelle hingewiesen wurde⁷⁾. Ebensowenig bildet der Beliehene - jedenfalls nicht notwendig - eine organisatorische Einheit, da Subjekte der Beleihung auch natürliche Personen sein können und dies zumeist auch sind. Sofern aber der Beliehene eine juristische Person ist, beruht seine Organisation nicht auf öffentlich-rechtlichen, sondern auf privatrechtlichen Normen. Würde man daher von diesem Behördenbegriff generell ausgehen, wäre der Erlass eines Verwaltungsaktes durch den Beliehenen in der Tat nicht möglich. Denn dieser stellt sich als jede, aber auch nur die Maßnahme dar, die eine V e r w a l t u n g s b e h ö r d e auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalles trifft. Indes ist dieser Behördenbegriff mit dem organisationsrechtlichen keineswegs identisch. Vielmehr muß im Hinblick auf die verwaltungsrechtliche Generalklausel des § 40 VwGO und mit Rücksicht auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG der Begriff der Verwaltungs-

4) VR S. 411.

5) VR S. 359.

6) Beschluß v. 12.7.1951 (BB 1951, 755); vgl. Frantzen, Diss. S. 111 ff. - Nach dem BGH sind für das Wesen der Behörde zwei Merkmale entscheidend: 1. Es muß sich um eine Stelle handeln, die in den Behördenorganismus derart eingefügt ist, daß der Bestand der Amtsstelle unabhängig ist von der Existenz, dem Wegfall und dem Wechsel der Beamten oder der physischen Person, der die Besorgung der in den Kreis des Amtes fallenden Geschäfte anvertraut ist; es muß sich um eine feste Einrichtung der Staatsverwaltung handeln; 2. Die organisatorische Stellung der Behörde muß auf dem öffentlichen Recht beruhen.

7) Vgl. oben § 2 V, S. 87 f..

behörde im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs und des Verwaltungsgerichtsverfahrens soweit wie möglich ausgelegt werden⁸⁾. Er ist deshalb nicht organisatorisch-institutionell, sondern funktionell zu verstehen und umfaßt alle Stellen, die typischerweise Verwaltungsaufgaben erfüllen⁹⁾. Solche aber erfüllt der Belehene per definitionem und ist daher auch ein Träger (Subjekt) öffentlicher Verwaltung im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffes¹⁰⁾. Soweit ein Privatrechtssubjekt folglich ermächtigt ist, einseitig eine Maßnahme zur Regelung eines konkreten Einzelfalles zu erlassen, ist dieser als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Inwieweit das im einzelnen zutrifft, läßt sich der Darstellung der Beleihungsfälle oben in § 3 leicht entnehmen und muß hier nicht erneut ausgeführt werden.

Dieses Ergebnis gilt auch für die von einem staatlich anerkannten Privatschulträger im Rahmen der Beleihung getroffenen Maßnahmen, wenngleich diesbezüglich in Rechtsprechung und Lehre eine übereinstimmende Beurteilung auch noch weitgehend fehlt. Die bestehenden Differenzen gewinnen um so mehr an Aktualität, als zwei einander widersprechende Urteile des BGH und des BVerwG vorliegen, die respektive über den Rechtscharakter einer disziplinarischen Verweisung von einer anerkannten Privatschule und einer Ablehnung eines Aufnahmeantrags für eine anerkannte Privatschule zu entscheiden hatten. Ohne im übrigen auf die Besonderheiten der Rechtsstellung der anerkannten Privatschule einzugehen, gelangte der BGH zu dem Ergebnis, daß für Streitigkeiten zwischen dieser und einem Schüler bzw. dessen Eltern, die die disziplinarische Entlassung zum Gegenstand haben, der ordentliche Rechtsweg gegeben sei. Denn selbst wenn das Verhältnis zwischen einer anerkannten Privatschule und den Schülern teilweise öffentlich-rechtlichen Charakter trüge, so beruhe die Entlassung gleichwohl einzig auf dem zwischen den Parteien geschlossenen privatrechtlichen Beschulungsvertrag (11). Demgegen-

- 8) Überwiegende Meinung; vgl. etwa BVerwG v. 23.5.1958 (DÖV 1958, 660/661 I.Sp., a.E.); Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 115; Schunck-de Glerck VwGO § 42 Anm. 2 b bb; Eyermann-Fröhler VwGO § 42 Rdn. 64 m.w.N..
- 9) Vgl. § 1 II Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes mit Begründung (1962): "Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt".
- 10) Vgl. dazu auch Hans J. Wolff VR I § 3, S. 22 ff.; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- u.VR S. 117 ff.; Köttling, Diss. S.35 ff.; Terrahe, Diss. S. 122 ff..
- 11) Urteil v. 29.5.1961 (RWS 1962, 15 f.); zustimmend Heckel DÖV 1961, 788; ders. RWS 1961, 16 f.; Eiselt RWS 1962, 2 f.; Reuter BayVBl. 1959, 409 f.; J.P. Vogel RWS 1964, 117; Perschel RWS 1964, 327 f.; Evers JUS 1967, 261; Ule VwGO § 42 Anm. IV 1 h a.E.; ders. Verwaltungsprozeßrecht S. 116/117.

über vertritt das BVerwG - ohne sich mit dem Urteil des BGH auseinanderzusetzen - die Auffassung, der Verwaltungsrechtsweg sei auch für den Anspruch auf Aufnahme in eine anerkannte Privatschule gegeben, denn mit der Übertragung öffentlicher Funktionen werde diese Verwaltungsbehörde, und ihre Maßnahmen würden Verwaltungsakte. Wenn eine anerkannte Privatschule daher einen Schüler zur Aufnahmeprüfung angenommen habe, so habe sie damit im Rahmen ihrer öffentlichen Tätigkeit eine Zusage erteilt, die zusammen mit der Aufnahmeprüfung nur einheitlich als öffentlich-rechtlich beurteilt werden könnte (12). Diese Auffassung vermag indes ebensowenig zu überzeugen wie die Ausführungen Heckels, nach dem der Beschulungsvertrag zwar grundsätzlich nach zivilrechtlichen Maßstäben zu beurteilen ist, jedoch das allgemeine Schulrecht gleichzeitig derart in ihn hineinspielt, daß sich die Erziehungs- und insbesondere die Ordnungsgewalt vornehmlich auch aus der verliehenen Schulgewalt ergeben, so daß sich schulische Maßnahmen daher als Verwaltungsakte darstellen (13). Hier wird die Rechtsstellung der anerkannten Privatschule als Beliehener über Maßen strapaziert. Das wird auch bei der dem Urteil des BVerwG zustimmenden Anmerkung Mengers ganz deutlich, wenn dort ausgeführt wird, die anerkannte Privatschule sei als mit öffentlicher Gewalt Beliehener anzusehen, und demnach (sic!) unterfielen auch die Beschulungsverträge dem öffentlichen Recht (14).

Unter Anwendung der hier zum Rechtssinstitut der Beleihung entwickelten Grundsätze dürfte m.E. die Qualifizierung der Akte anerkannter Privatschulen keine nennenswerten Schwierigkeiten bereiten. Danach ist davon auszugehen, daß auch der Träger der anerkannten Privatschule primär ein Zivilrechtssubjekt ist und in einem "eigenen" Erziehungs- und Unterrichtstätigkeitsbereich handelnd auftritt. Nichts unterscheidet ihn insoweit von einem nicht anerkannten Privatschulträger, der sich ebenfalls durch p r i v a t - r e c h t l i c h e n Beschulungsvertrag zur Leistung von Erziehungs- und Unterrichtstätigkeit verpflichtet. Fraglich könnte demnach nur sein, inwieweit sich durch die staatliche Anerkennung (Beleihung) an dieser Beurteilung etwas ändert und Maßnahmen der schulischen Erziehungs- und Ordnungsgewalt öffentlich-rechtlichen Charakter erhalten. Im Grundsätzlichen wie im Konkreten ist hier wiederholt mit Nachdruck darauf hingewiesen worden, daß die Stellung eines beliehenen Privatrechtssubjekts und damit auch dessen Handlungen nur i n s o w e i t öffentlich-rechtlich bestimmt werden können, als die Beleihung reicht. Das aber bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die anerkannte Privatschule im Verwaltungsrechtsweg anfechtbare Verwaltungsakte n u r im Rahmen der beliehenen Rechtsmacht erlassen kann, im übrigen aber der privatrechtliche Beschulungsvertrag weiterhin die Rechtsgrundlage für die Beziehungen zwischen der Privatschule und dem Schüler bzw. dessen

- 12) Urteil v. 18.10.1963 (E 17, 41 ff.); ebenso Kullmann DÖV 1959, 570; Heckel, Privatschulrecht S. 53; Heckel-Seipp, Schulrechtskunde S. 138; Sofsky RWS 1962, 249; Menger, VerwArch. Bd. 53, 280; Bd. 55, 279.
- 13) Privatschulrecht S. 53.
- 14) VerwArch. Bd. 55, 279.

gesetzlichen Vertreter bleibt. Zu prüfen ist mithin im Einzelfall, ob eine Maßnahme der Privatschule im Rahmen ihrer Stellung als beliehenes Privatrechtssubjekt ergeht oder nicht. Wie aber bereits an Hand der gesetzlichen Bestimmungen nachgewiesen worden ist (15), erfolgt mit der Anerkennung keine generelle Gleichstellung der privaten Schule mit den öffentlichen Schulen, sondern nur hinsichtlich der Erteilung von Zeugnissen, den damit verbundenen Versetzungsentscheidungen und der Abnahme von Prüfungen. Allen anderen Entscheidungen und Maßnahmen fehlt infolgedessen die Verwaltungsaktsqualität; für eine Klage ist der ordentliche Rechtsweg zu beschreiten (16).

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch zwei weitere Erwägungen unterstrichen. Zunächst sei auf die bereits erörterte Geltung des Gesetzesvorbehaltes für die Beleihung (17) hingewiesen. Öffentlich-rechtlich tätig werden kann ein Privatrechtssubjekt infolge des fehlenden rechtlichen Können nur auf Grund einer gesetzlich vorgesehenen Beleihung. Die Möglichkeit der Beleihung haben die Landesgesetzgeber aber im Falle der Privatschulen auf die genannten Befugnisse beschränkt. Es ist daher unmöglich und unzulässig, über diesen Rahmen hinaus etwa auch Entscheidungen über die Aufnahme oder die Entlassung eines Schülers öffentlich-rechtlichen Charakter beizulegen, wobei es im letzten Fall - entgegen Heckel (18) - keinen Unterschied macht, ob die Verweisung aus disziplinären oder anderen Gründen erfolgt. Derartige Maßnahmen haben daher auch für öffentliche Schulen keine Rechtswirkung oder -bindung. Bedenken im Hinblick auf die Qualifizierung derartiger Maßnahmen als Verwaltungsakte ergeben sich schließlich auch aus Art. 7 IV GG, der mit der Privatschulfreiheit ausdrücklich das Recht zur freien Schülerauswahl garantiert (19). Dieses Recht wird allein durch das Verbot der Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern beschränkt. Im übrigen sind die Privatschulen in der Schüleraufnahme und -ablehnung völlig frei, und es ist keine rechtliche Grundlage ersichtlich, wie diese Freiheit durch die Beleihung in einem Kontrahierungszwang umgewandelt werden sollte (20). Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß der Schluß von dem öffentlich-rechtlichen Charakter einzelner Maßnahmen einer anerkannten Privatschule auch auf andere unhaltbar ist. Maßnahmen mit Verwaltungsaktsqualität kann diese nur im Rahmen der gesetzlich begrenzten Beleihung erlassen. Nach der derzeitigen Rechtslage ist aber eine Gleichsetzung der anerkannten Privatschule mit den öffentlichen Schulen nur für die Leistungsbeurteilung erfolgt. Sie wird daher nur bei der Zeugniserteilung, den Versetzungs- und sonstigen Prüfungsentscheidungen öffentlich-rechtlich tätig; nur diese sind daher im Verwaltungsrechtsweg anfechtbare Verwaltungsakte (21).

15) Oben § 3 Ziff. XVI, S. 122 ff.

16) Ähnlich Eiselt RWS 1962, 3; Perschel RWS 1964, 327; Reuter BayrVBl. 1959, 410; Evers JUS 1967, 261; Hans J. Wolff VR II § 101 VII b 1, S. 355.

17) Oben § 6 II, S. 151 ff.

18) RWS 1962, 16 r.Sp.

19) Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 7 Rdn. 67; Heckel-Seipp, Schulrechtskunde S. 135 ff..

20) Perschel RWS 1964, 329; J.P. Vogel RWS 1964, 117 r.Sp.; Evers JUS 1967, 261 l.Sp..

II. Gesetzmäßigkeit des Handelns des Beliehenen

Als Träger spezifisch staatlicher Verwaltung und Inhaber echter hoheitlicher Entscheidungs-, Gestaltungs- und Zwangsgewalt ist der Beliehene bei der Ausübung seiner Aufgaben wie die staatlichen Behörden durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden²²⁾. Das folgt unmittelbar aus Art. 20 III GG, der für die vollziehende Gewalt keinen Unterschied darin macht, ob es sich um einen staatlichen oder - in Einklang mit Art. 33 IV GG - einen privatrechtlichen Träger handelt²³⁾. Auf eine Ausprägung des Gesetzmäßigkeitsprinzips, den Vorbehalt des Gesetzes (positive Gesetzmäßigkeitsprinzip), wurde bereits im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Schranken der Beleihung eingegangen²⁴⁾. Die gesetzlichen Bestimmungen, die entweder die Beleihung selbst aussprechen oder die Verwaltungsbehörden zu ihrer Vornahme ermächtigen, enthalten zugleich auch für den Beliehenen die Ermächtigungsgrundlage für die von ihm gegebenenfalls zu treffenden obrigkeitlichen Maßnahmen²⁵⁾. Der Grundsatz des Vorranges des Gesetzes (negatives Gesetzmäßigkeitsprinzip) bindet das Verwaltungshandeln an höherrangiges Recht, einschließlich des Verfassungsrechts und allgemeiner Rechtsgrundsätze. Dieses Handeln ist rechtswidrig, soweit es hiergegen verstößt²⁶⁾. Da für den Belie-

-
- 21) Zuzustimmen ist folglich der erwähnten Entscheidung des BGH v. 29.5.1961 (RWS 1962, 15 f) sowie dem Urteil des VG Kassel v. 21.9.1961 (RWS 1962, 246/247), wo die Entscheidung einer anerkannten Privatschule über die Nichtversetzung eines Schülers als Verwaltungsakt qualifiziert wurde. Abzulehnen ist indes die Entscheidung des BVerwG v. 18.10.1963 (E 17, 41 ff.); Verwaltungsaktqualität hat nur die Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen der Aufnahmeprüfung. Ob für den anerkannten Privatschulträger dagegen eine Rechtspflicht zur Aufnahme im Falle des Bestehens gegeben ist, bestimmt sich ausschließlich nach den zwischen diesem und dem Schüler bzw. dessen gesetzlichen Vertreter getroffenen Vereinbarungen.
- 22) E.R. Huber, Selbstverwaltung S. 16, nimmt dies zutreffend in einem Rechtsstaat als "selbstverständlich" an. - Zum Gesetzmäßigkeitsprinzip vgl. etwa Maunz in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 20 Rdn. 124 ff.; Leibholz-Rinck GG Art. 20 Rdn. 30 f.; Hans J. Wolff VR I § 30, S. 152 ff.; Jezler, Grundsatz S. 3 ff., 47 ff.; H. Peters, Festschrift f. H. Huber S. 206 ff.; Obermayer, Grundzüge S. 69 ff.; Jesch, Gesetz S.29 ff.; 171 ff..
- 23) Näheres dazu sogleich im nächsten Abschnitt.
- 24) Oben § 6 II, S. 151 ff.
- 25) Vgl. die Nachweise § 3 S. 90 ff. dieser Arbeit.
- 26) Nachweise bei den oben Fußn. 22 Genannten.

nenen als Verwaltungsträger insofern keine Besonderheiten gelten können, andererseits es auch nicht Aufgabe dieser Untersuchung ist, das negative Gesetzmäßigkeitsprinzip in allen seinen Teilaspekten auszubreiten und zu erörtern, muß insoweit auf das verwaltungsrechtliche Schrifttum verwiesen werden²⁷⁾.

Gebunden wird der Beliehene danach insbesondere durch das Gebot zur Wahrung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit. Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit ist freilich im Anschluß an das soeben zur Verwaltungsaktsqualität gewisser Maßnahmen des Beliehenen Gesagte festzuhalten, daß es sich in Fällen einer Überschreitung einer sachlichen Zuständigkeit vielmehr um die Anmaßung einer sachlichen Kompetenz handelt. Da die Beleihung auf ganz konkrete, zum Teil enumerativ aufgezählte spezifisch staatliche Aufgaben und Befugnisse beschränkt ist, stellt sich jede Ausübung von Befugnissen, die nicht verliehen worden sind, als rechtlich völlig irrelevant dar, da es dem Privaten insoweit eben an dem rechtlichen Können, sie auszuüben, fehlt. Demgegenüber gewinnt das Gebot zur Wahrung der örtlichen Zuständigkeit insbesondere in den Beleihungsfällen Bedeutung, in denen sich die Befugnis zur Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben und Befugnisse kraft Gesetzes auf bestimmte Bezirke beschränkt, so z.B. für den Beschauer (28), den Lebensmittel- und Weinkontrolleur (29), den Jagdschutzberechtigten (30) und den Schiedsmann (31).

III. Grundrechtsbindung des Beliehenen

Im engen Zusammenhang mit dem soeben besprochenen Gesetzmäßigkeitsprinzip stellt sich die Frage nach der Grundrechtspflichtigkeit des Beliehenen. Sie hat in der wissenschaftlichen Erörterung bisher kaum Beachtung gefunden. Zeidler³²⁾ geht auf dieses Problem zwar ganz am Rande, wenngleich nur mittelbar ein, scheint jedoch eine besondere Fragestellung insofern nicht für erforderlich zu halten, was von seinem Standpunkt aus freilich folgerichtig ist.

27) Vgl. insb. den Gesamtüberblick bei Hans J. Wolff VR I §§ 30 II, 31, S. 155 ff., 162 ff.; auch Obermayer, Grundzüge S. 69 ff..

28) § 4 FG, § 3 I DVO z.FG.

29) § 6 LMG; § 22 WeinG; vgl. Hieronimi LMG § 6 Anm. 5 u. 6; ders. WeinG § 22 Anm. 4.

30) § 25 II BJagdG.

31) § 1 SchO.

32) VVDStRL 19, 208 ff..

Denn nach Zeidler ist die Figur des beliehenen Unternehmers von den obrigkeitlichen Mitteln her zu bestimmen³³⁾. Er rechnet diesen daher - obschon dies auch nicht ganz klar wird - wohl zur öffentlichen Verwaltung, da es außerhalb des hoheitlichen Verwaltungsgebietes keine dem Wesen nach nur der öffentlichen Verwaltung zurechenbare Aufgaben geben könne³⁴⁾. Da die öffentliche Verwaltung aber den Bindungen an die Grundrechte unterliege³⁵⁾, müsse dies auch für den Beliehenen gelten. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Grundrechtspflichtigkeit des Beliehenen freilich unproblematisch. Wenn diese Begründung gleichwohl nicht überzeugt, so deshalb, weil Zeidler an gleicher Stelle ausführt, die Handhabung hoheitlicher Gewalt sei allein den s t a a t l i c h e n Organen vorbehalten. Damit stellt er jedoch selbst wieder den Ausgangspunkt seiner Überlegungen in Frage, und das angesprochene Problem bleibt ungelöst.

Rupp sieht die Grundrechtsbindung für Beliehene notwendig dadurch in Frage gestellt, weil sich der Beliehene als Privatrechtssubjekt wegen seiner Eigenart und seiner Eigenständigkeit einer Einordnung in das Kräftefeld zwischen Staat und Bürger entziehe, zumindest dann, wenn man mit der überwiegenden Lehre die sog. absolute Drittwirkung der Grundrechte ablehne³⁶⁾. Weiter sei zu berücksichtigen, daß nach "außen" allein die Gebundenheit der staatlichen Organe und Organwalter maßgeblich sei. Die Partizipation des Staatsorgans an der Grundrechtspflichtigkeit des Staates ergebe sich aus dessen unlösbarer Verbundenheit mit der Staatsorganisation. Die persönliche Einbeziehung des Beamten als Organwalter in den Kreis der Grundrechtspflichtigen werde über das Medium des Dienstrechtes und insbesondere den Amtseid erreicht. Dagegen fehle es bei dem Beliehenen an einer derartigen dienstrechtlichen "Pflichtentransformation" und der damit verbundenen Rechtsverantwortung. Infolgedessen könnten grundrechtsgebunden nur diejenigen Staatsfunktionen sein, die von Organen oder Organwaltern des Staates vollzogen würden³⁷⁾.

33) a.a.O. S. 211 Fußn. 15.

34) a.a.O. S. 218.

35) a.a.O..

36) Privateigentum S. 24.

37) Privateigentum S. 26, insb. Fußn. 46 a.E..

Diese zweifelsohne auf den ersten Blick bestechende Argumentation vermag indes das Ergebnis nicht zu tragen. Bereits der Hinweis auf die - freilich zutreffende - Ablehnung der Drittwirkung der Grundrechte geht in diesem Zusammenhang ins Leere. Denn sie beinhaltet die Wirkung der Grundrechte in den privatrechtlichen Beziehungen Privater untereinander³⁸⁾; die Rechtsbeziehungen des Beliehenen und Dritter sind aber ausschließlich öffentlich-rechtlicher Art. Ebensowenig kann die erklärte Notwendigkeit einer "dienstrechtlichen" Pflichtentransformation überzeugen. Wenn Art. 33 IV GG die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse nur in der Regel den Beamten überträgt, und wenn diese mittels eines öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses insbesondere auch in die Grundrechtspflichtigkeit des Staates mit einbezogen werden, so ist damit doch keineswegs hinreichend klaggestellt, daß eine derartige Einbeziehung allein über das beamtenrechtliche Dienstverhältnis möglich ist. Vielmehr ist gerade zu fragen, ob und wie sich bei den durch Art. 33 IV GG zugelassenen anderen potentiellen Hoheitsträgern die volle staatliche Rechtsverantwortung überträgt.

Die Antwort läßt sich m.E. nur aus der Interpretation des Art. 1 GG herleiten. Dabei ist von vornherein das ebenfalls noch ungelöste Problem der Fiskalgeltung der Grundrechte³⁹⁾ von der hier zu behandelnden Frage streng zu trennen. Dort geht es darum, ob sich der Staat durch bloße Auswechslung seiner rechtlichen Handlungsform der grundrechtlichen Verantwortung entziehen kann, was zumindest bei dem privatrechtlichen Handeln zu unmittelbar öffentlichen Zwecken zweifelhaft sein könnte. Hier liegt das Problem darin, daß der Staat bestimmte Aufgaben und Befugnisse, die wegen ihrer spezifisch staatlichen Natur im Falle der Eigenerledigung unzweifelhaft grundrechtsgebunden wären, als solche auf Privatrechtssubjekte überträgt, die aber in dieser Eigenschaft einer

38) Vgl. dazu Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 127 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

39) Vgl. dazu etwa Mallmann und Zeidler VVDStRL 19, 165 ff. und 208 ff.; Löw DÖV 1957, 879 f.; Hamann GG Vor Art. 1 Anm. 3 und Art. 20 Anm. 8; Hans J. Wolff VR I § 23 II a 1 S. 97 f.; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 134 ff. m.w.N..

Grundrechtsbindung nicht unterworfen sind, und daß damit sogar ein grundrechtsfreier Raum obrigkeitlicher Verwaltung geschaffen werden könnte. Art. 1 GG steht aber auch dieser Ausprägung einer "Flucht ins Privatrecht" entgegen. Sein Absatz 1 hat die Menschenwürde zum "obersten Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts"⁴⁰⁾ erhoben, dem a l l e staatliche Gewalt verpflichtet ist. Die Anerkennung der Menschenwürde findet ihren Ausdruck im Bekenntnis zu den Menschenrechten (Absatz 2), die ihre Ausgestaltung durch die in Absatz 3 genannten Grundrechte erfahren⁴¹⁾. Da somit zwischen Art. 1 I und III GG ein unlösbarer Zusammenhang geschaffen ist, kann auch zwischen den dort genannten Adressaten der Grundrechtsbindung und der gesamten der Menschenwürde verpflichteten Staatsgewalt kein Unterschied bestehen⁴²⁾. Art 1 GG bindet daher in concreto auch die gesamte vollziehende Gewalt, gleichgültig nun, ob es sich um staatsorganschaftliche Verwaltung oder um solche beliehener Privatrechtssubjekte handelt. Die durch Art. 1 GG angesprochene staatliche Verwaltungsfunktion ist stets dieselbe. Im Übrigen ist es unerheblich, ob Art. 1 I GG mit "staatlicher Gewalt" bzw. Art. 1 III GG mit "vollziehender Gewalt" lediglich die staatlichen Träger oder die staatlichen Funktionen anspricht. Beide decken sich nämlich auch im Falle des Beliehenen, der im Rahmen der ihm übertragenen staatlichen Verwaltungsaufgaben und -befugnisse eine durchaus "staatliche" Stellung innehat. Allein diese Betrachtungsweise steht m.E. auch mit der gesamten Grundrechtskonzeption des Grundgesetzes⁴³⁾ in Einklang. Unter Abkehr von der positivistischen Grundrechtsauffassung der Weimarer Verfassung geht das Grundgesetz von der prinzipiellen Absolutheit der individuellen Freiheit aus. Dem Schutz dieser Freiheit, die das bestimmende Element unserer Rechtsordnung schlechthin ist, dienen die Grundrechte, die als Abwehrrechte des einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen zu verstehen sind.

40) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 4.

41) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 4, 6 ff.; v. Mangoldt-Klein GG I Art. 1 Anm. III; Nipperdey GR II S. 9 ff.; Zeidler VVDStRL 19, 226 f.

42) Zeidler VVDStRL 19, 227.

43) Vgl. hierzu vor allem Über, Freiheit des Berufs S. 13 ff.; auch Hans J. Wolff VR I § 33 V, S. 190 ff. n.w.N..

Diese Grundrechte sind als echte Grundrechte nicht vom Staat gesetzte, verfassungsmäßige Rechte, sondern vorverfassungsmäßige Rechte naturrechtlichen Ursprungs. Im Grundrechtsverständnis des Grundgesetzes wird die naturrechtlich fundierte individuelle Freiheit oberster Rechtsgrundsatz und in Zweifelsfällen der Bestimmung der Grenzen zwischen Individualfreiheit und der Staatssphäre oberster Auslegungsgrundsatz (in dubio pro libertate). Diese verfassungsgestaltende Grundentscheidung des Grundgesetzes, die in den Art. 1 II und III, 19 II und 79 III GG ihren besonderen Ausdruck gefunden hat und die hier nur in ganz groben Zügen aufgezeigt werden konnte, ist jedoch in Frage gestellt, wenn ihre Verbindlichkeit allein für die Ausübung staatlicher Funktionen durch staatliche Organe anerkannt wird. Denn da das Grundgesetz dem Staat gem. Art. 33 IV GG die Möglichkeit eingeräumt hat, seine spezifischen Funktionen auch durch Privatrechtssubjekte ausüben zu lassen⁴⁴⁾, würde dies im Einzelfalle die Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt ausschließlich von der Wahl ihres Trägers durch den Staat abhängig machen und würde damit die Geltung der Grundrechte im Ergebnis lediglich wieder auf eine Zubilligung durch den allmächtigen Staat hinauslaufen. Gerade das aber widerspricht der Grundrechtskonzeption des Grundgesetzes und unterstreicht nur noch die bereits durch eine Auslegung des Art. 1 GG gewonnene Erkenntnis, daß die Grundrechte die gesamte staatliche Gewalt als solche binden, und daß es insofern unerheblich ist, ob ein Subjekt des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts Träger dieser staatlichen Gewalt ist. Es ist nach alledem festzustellen, daß ein Privatrechtssubjekt, soweit es als Beliehener tätig wird, allen öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere aber auch der Grundrechtsbindung, unterworfen ist⁴⁵⁾.

44) Siehe oben § 1 II 5 b ee, S. 62 ff.

45) Im Ergebnis ebenso Dürig in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1 Rdn. 15, 107; v. Mangoldt-Klein GG I Art. 1 Anm. III, 6; Nipperdey GR II S. 17 ff.; Nipperdey geht wie selbstverständlich von der Grundrechtsbindung auch privater Hoheitsträger aus. - Das BVerfG führt zu dieser Frage aus: "Der Staat kann sich von den Grundrechtsbindungen nicht dadurch befreien, daß er einen Privatmann zur Wahrung einer öffentlichen Aufgabe bestellt und ihm die Entscheidung über den Einsatz staatlicher Machtmittel überläßt"; Beschluß v. 10.2.1960 (E 10, 302, 327).

IV. Haftung des Beliehenen

Schließlich ist im Rahmen der Untersuchung über die Geltung öffentlich-rechtlicher Bindungen für Beliehene noch die Frage nach der Anwendbarkeit der Amtshaftungsgrundsätze nach § 839 BGB, Art. 34 GG von Bedeutung. Im Grundsätzlichen dürften nach dem oben Ausgeführten keine Zweifel darüber bestehen, daß bei schädigenden Handlungen durch Beliehene die Verantwortlichkeit den Staat trifft und auch treffen muß. Denn mag der Staat auch befugt sein, Privatrechtssubjekte zur Erfüllung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben und -befugnisse einzuschalten, so ist es gleichwohl unvorstellbar, daß der Betroffene des Rückgriffs gegen den Staat verlustig gehen sollte, der ihm zuvor grundsätzlich offenstand. Hier wie in den bereits erörterten Problemkreisen gilt, daß es dem Staat verwehrt ist, sich seiner spezifisch öffentlich-rechtlichen Verantwortung durch die "Flucht ins Privatrecht" zu entziehen. Vielmehr bleibt er auch bei der Einschaltung Privater haftungsrechtlich in dem Maße für die ordnungsgemäße Durchführung seiner Aufgaben verantwortlich, als er nach § 839 BGB, Art. 34 GG einzustehen hätte, wenn er selbst handeln würde.

Diese Ansicht läßt sich auch mit den zu § 839 BGB, Art. 34 GG entwickelten und allgemein anerkannten Grundsätzen zwanglos in Einklang bringen. Mit der in Art. 34 Satz 1 GG gewählten Formulierung "jemand" ist hinreichend klargestellt, daß die Amtshaftungsgrundsätze nicht nur für Beamte im staatsrechtlichen Sinne Anwendung finden, sondern auf alle mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betrauten (natürlichen oder juristischen) Personen⁴⁶⁾. Freilich ist die Meinung darüber nicht ganz ungeteilt, soweit nämlich Amtspflichtverletzungen juristischer Personen des Privatrechts in Frage stehen. Im Vordergrund der Diskussion steht dabei allerdings weniger die Auslegung des Begriffes "jemand", sondern die Frage, ob unter "Körperschaft" iSd Art. 34 Satz 1 GG nur Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts⁴⁷⁾ oder auch solche des Privatrechts⁴⁸⁾ zu verstehen

46) Bettermann GR III/2 S. 835; ders. DÖV 1954, 302.

47) so Bettermann GR III/2 S. 845; Maunz, Staatsrecht S. 297; Hammann GG Art. 34 Anm. B 8; Erman-Drees BGB § 839 Anm. 2 B e; LG Berlin v. 28.4.1967 (NJW 1967, 1663/1664); vgl. auch BGHZ v. 21.6.1951 (E 2, 350/353 f.); BGHZ v. 30.11.1967 (NJW 1968, 445/445) m.w.N..

sind. Die Vertreter dieser letzten Lehrmeinung ziehen aus ihr die Folgerung, daß bei den beliebigen juristischen Personen Haftungskörperschaft nach Art. 34 GG primär die juristische Person des Privatrechts als Anstellungskörperschaft und nur subsidär die juristische Person des öffentlichen Rechts als Beleihungskörperschaft sei⁴⁹⁾. Dieser Ansicht, die von keinem ihrer Vertreter näher begründet wird, kann jedoch nicht gefolgt werden, da sie mit Sinn und Zweck des Art. 34 GG nicht vereinbar ist und im Ergebnis auf eine Umgehung der verfassungsrechtlich verankerten Staatshaftung hinausläuft. Begeht nämlich ein Organ einer beliebigen juristischen Person eine Amtspflichtverletzung, so findet eine unvermittelte Zurechnung des Organverhaltens zum Organträger statt; dieser selbst ist es, der die Amtspflichtverletzung begangen hat. Würde dieser nun auch primär Haftender sein, so würde entgegen Art. 34 GG eine Eigenhaftung des Amtswalters eingreifen, was aber sicher nicht richtig sein kann⁵⁰⁾. Eine andere Beurteilung kann aber auch dann nicht gelten, wenn Angestellte einer beliebigen juristischen Person die Amtspflichtverletzung begehen. Da die Staatshaftung nach Art. 34 GG nur dann eingreift, wenn eine Haftung des Beliebigen als Amtswalter nach § 839 BGB gegeben ist, würde die angeführte Lehrmeinung dazu führen, daß auch alle Angestellten, die aus der Natur der Sache für die juristische Person neben deren Organen handeln müssen, selbst als Beliehene anzusehen sind; das aber ist gerade nicht der Fall, wie die vorausgegangenen Untersuchungen gezeigt haben. Ferner ist zu bedenken, daß die juristische Person über die Zuordnungsnormen der §§ 278, 831 BGB auch für die Pflichtverletzungen ihrer Angestellten selbst haftet und sie somit auch in diesem Falle selbst Haftungssubjekt iSd § 839 BGB ist; die Bejahung ihrer primären Haftung würde also ebenfalls zu einer Eigenhaftung des Amtswalters führen und damit gegen Art. 34 GG verstoßen. Schließlich sind aber auch keine Gründe ersichtlich,

48) so v. Mangoldt-Klein GG I Art. 34 Anm. III 6 a; E.R. Huber WiVR I S. 547; ders. DVBl. 1952, 460; Hans J. Wolff VR I § 64 II g, S. 446; Brand, Diss. S. 105; Soergel-Glaser BGB § 839 Rdn. 98.

49) Hans J. Wolff VR II § 104 V c, S. 368; E.R. Huber WiVR I S. 546; Brand a.a.O.

50) Soergel-Glaser a.a.O. Rdn. 31 bejaht denn auch in diesem Falle ebenfalls das Eingreifen der Staatshaftung.

die haftungsrechtlich eine unterschiedliche Behandlung von beliebigen natürlichen und juristischen Personen rechtfertigen könnten. Wenn die Amtshaftung nach Art. 34 GG bezwecken soll, daß demjenigen, dem durch die Ausübung öffentlicher Gewalt Schaden zugefügt wird, auch das öffentliche Gemeinwesen, das dem Amtswalter diese Macht verliehen hat, mit seinen praktisch unbegrenzten Möglichkeiten haften soll⁵¹⁾, so würde dieser Zweck gefährdet, wenn sich der Staat dieser Haftung dadurch entziehen könnte, daß er die Ausübung spezifisch staatlicher Funktionen Privatpersonen überträgt. Inwiefern es dabei einen Unterschied machen sollte, ob es sich bei dem Amtswalter um eine natürliche oder eine juristische Person handelt, ist nicht ersichtlich⁵²⁾. Aus alledem folgt aber, daß "jemand" iSd Art. 34 GG in einem Rechtsstaat, in dem öffentliche Gewalt nicht nur von Angehörigen des öffentlichen Dienstes ausgeübt wird, verfassungskonform nur dahin ausgelegt werden kann, daß j e d e r, dem die Ausübung öffentlicher Gewalt anvertraut ist, von diesem Begriff umfaßt wird, ohne daß es darauf ankommen kann, ob es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handelt⁵³⁾.

In Einzelfragen ungeklärt ist allerdings auch das Verständnis des Begriffes "Ausübung eines öffentlichen Amtes". Indes kann dahinstehen, ob die überwiegend in Rechtsprechung und Lehre vertretene Ansicht praktikabel ist, daß unter diesen Begriff jede Betätigung eines Amtswalters fällt, die sich nicht lediglich als Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher Belange des Staates oder eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung darstellt⁵⁴⁾. Denn derartige Abgrenzungs- und Einordnungsschwierigkeiten bestehen im Hinblick auf die Tätigkeit des Beliehenen nicht, nachdem nachgewiesen wer-

51) RGZ v. 1.12.1933 (E 160, 193/196); LG Berlin a.a.O.; vgl. auch unten S. 205.

52) Vgl. hierzu insb. LG Berlin a.a.O..

53) Im Ergebnis ebenso Bettermann GR III/2 S. 835; Steiner JUS 1969, 75.

54) RGZ v. 11.4.1943 (E 144, 262/267); BGHZ v. 28.11.1955 (LM Nr. 25 zu Art. 34 GG); Forsthoff VR S. 297; Hans J. Wolff VR I § 64 II c 2, S. 445; v. Mangoldt-Klein GG II Art. 34 Anm. III 2 a u. b; Soergel-Glaser BGB § 839 Rdn. 35; Erman-Drees BGB § 839 Anm. 2 B a, alle m.w.N..

den konnte, daß er spezifisch staatliche Aufgaben erfüllt, weshalb ein klassischer Anwendungsfall für das Eingreifen der Amtshaftungsgrundsätze vorliegt⁵⁵⁾.

Die Verantwortlichkeit des Staates oder einer anderen Beleihungskörperschaft nach Art. 34 GG setzt die Haftung des Beliehenen nach § 839 BGB voraus, da insoweit nur die Passivlegitimation verschoben wird. Maßgebend ist, ob die typische Zielsetzung, in deren Sinn der Amtswalter tätig wurde, dem Gebiete hoheitlicher Betätigung der Staatsgewalt angehört, und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein solcher Zusammenhang besteht, daß letztere ebenfalls noch als zum Bereich hoheitlicher Betätigung gehörend anzusehen ist⁵⁶⁾. Beim Beliehenen dürfte diese Abgrenzung und Entscheidung im Einzelfall nicht unerhebliche Schwierigkeiten bieten, dies namentlich dort, wo - wie bei Maßnahmen von Kapitänen, Flugzeugführern, Jagdausübungsberechtigten, Privatbediensteten oder Börsenvorständen - deren Zielsetzung sowohl durch die Beleihung dem Gebiete staatlicher als auch infolge der aus dem Eigentum und dem Hausrecht fließenden Berechtigungen dem Gebiete privatrechtlicher Betätigungen zugerechnet werden könnte.

- 55) Hans J. Wolff VR II § 104 V c, S. 368; E.R. Huber WiVR I S. 546; Forsthoff VR S. 507/508; Soergel-Glaser BGB § 839 Rdn. 31; Frantzen, Diss. S. 118 f.; Brand, Diss. S. 101 ff.; für Einzelfälle vgl.:
- für Weinkontrolleure:
Hieronimi WeinG § 21 Anm. 2; Holthöfer-Nüse WeinG § 21 Anm. 2.
- für Privatbahnbedienstete:
Finger, Eisenbahngesetze § 60 EBO Anm. 1 c, S. 295.
- für KFZ-Sachverständige und -Prüfer:
OLG Celle v. 9.2.1953 (MDR 1953, 676/677); LG Berlin v. 28.4.1967 (NJW 1967, 1663 f.); BGHZ v. 30.11.1967 (NJW 1968, 443/445); Floegel-Hartung § 10 StVZO Rdn. 7; Müller Straßenverkehrsrecht § 10 StVZO Anm. 6 u. S. 1245.
- für Fleischbeschauer:
BGHZ v. 29.11.1956 (E 22, 246/248).
- für Jagdschutzberechtigte:
RGZ v. 31.8.1937 (E 155, 338/339).
- für Feld- und Forsthüter:
RGZ v. 7.11.1933 (E 142, 190/192 ff.).
- Zur Haftung der Beliehenen, die Gebührenbeamte sind, Näheres sogleich.
- 56) BGHZ v. 16.4.1964 (E 42, 176/178); Erman-Drees BGB § 839 Anm. 2 B b m.w.N..

Zu fragen ist, ob die Amtshaftungsgrundsätze für Amtspflichtverletzungen Beliehener ausnahmslos Anwendung finden. Bedenken bestehen deshalb, weil Art. 34 GG als eine nur die "grundsätzliche" Verantwortung des Staates normierende Bestimmung interpretiert werden könnte, und weil § 5 Ziff. 1 RHftG⁵⁷⁾ die Haftung des Staates ausdrücklich für solche Beamte ausschließt, "die, abgesehen von der Entschädigung für Dienstaufwand, auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind". Gebührenbeamte in diesem Sinne sind unter den Beliehenen nach geltendem Recht der Bezirksschornsteinfegermeister⁵⁸⁾, der Schiedsmann⁵⁹⁾ und der Notar⁶⁰⁾. Für letztere schließt § 19 I 4 BNotO die Amtshaftung schlechthin aus, und der BGH hat diesen Ausschluß als vereinbar mit Art. 34 GG angesehen⁶¹⁾. Andererseits hat dasselbe Gericht entschieden, für Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzungen des Schiedsmannes sei nicht dieser, sondern der Landesjustizfiskus passiv legitimiert, weil die Gebühren "weder danach bemessen noch dazu bestimmt (sind), seine amtliche Tätigkeit abzugelten"⁶²⁾. Für den Bezirksschornsteinfegermeister wird, ohne freilich das Problem zu erwähnen, für Amtspflichtverletzungen bei der Feuerstättenschau das Eingreifen der Amtshaftungsgrundsätze bejaht⁶³⁾.

Der Meinungsstreit, ob diese Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse mit Art. 34 GG vereinbar sind, ist durch das unterschiedliche Verständnis des Wortes "grundsätzlich" iSd Art. 34 GG begründet. So wird teilweise geltend gemacht, der Verfassungsgeber

57) Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamte v. 22.10.1910 (RGBl. 768) m.Änd..

58) §§ 2 ff. VOSch.

59) §§ 43 ff. SchO.

60) § 17 I BNotO.

61) BGHZ v. 23.4.1953 (E 9, 289/290); der Entscheidung lag der Inhaltsgleiche § 21 ReichsNotO zugrunde. Zustimmend Seybold-Hornig BNotO § 19 Rdn. 55; Hans J. Wolff VR I § 64 I a, S. 439.

62) BGHZ v. 11.12.1961 (E 36, 193/195); ebenso LG Münster v. 7.10.1959 (NJW 1960, 677); Hartung-Jahn SchO § 6 Anm. 1 d.

63) LG Freiburg v. 9.9.1958 (VersR 1959, 842); LG Köln v. 30.5.1961 (MDR 1962, 130); Hegel VersR 1960, 1039; Hoelle-Siegert-Musielak, Schornsteinfegerhandwerk S. 113; Kürzel DWW 1963, 186.

habe damit zum Ausdruck bringen wollen, daß Ausnahmen von dem "Grundsatz" der Amtshaftung ähnlich der Regelung in Art. 131 WRV⁶⁴⁾ möglich seien⁶⁵⁾. Dem wird entgegengehalten, gegenüber Art. 131 sei insofern eine materielle Änderung eingetreten, als in dessen Absatz 2 ein Vorbehalt gesetzlicher Regelung niedergelegt war. Da Art. 34 GG einen entsprechenden Vorbehalt nicht enthalte, müsse "grundsätzlich" im Sinne einer ausnahmslosen Regelung verstanden werden, die einer Einschränkung oder gar einem Ausschluß der verfassungsrechtlich festgestellten Körperschaftsverantwortung entgegenstehe⁶⁶⁾. Ohne im übrigen auf die unfruchtbare Wortinterpretation einzugehen, die hier zu keinem brauchbaren Ergebnis führt, lassen m.E. Sinn und Zweck des Art. 34 GG allein die letztgenannte Auffassung vertretbar erscheinen. Man ist sich weitgehend einig, daß für die Amtshaftung im wesentlichen drei Motive bestimmend sind. Sie soll zunächst den Schutz des bei der Ausübung öffentlicher Gewalt Geschädigten gewährleisten, indem diesem in jedem Falle ein leistungsfähiger Schuldner gegenübersteht. Weiterhin soll der im Verhältnis zum eingetretenen Schaden meist leistungsschwache Amtswalter vor der unmittelbaren Inanspruchnahme durch den Geschädigten geschützt werden. Schließlich soll durch die Amtshaftung die Erhaltung und Erhöhung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Staates erreicht werden, indem dessen Amtswalter die Initiativ- und Entscheidungsfreudigkeit trotz eines durch sein Handeln möglicherweise eintretenden Schadens erhalten bleibt⁶⁷⁾. Diese Erwägungen machen deutlich, daß die Herausnahme des Beliehenen aus der Amtshaftung mit der Begründung, daß er Gebühren erhalte, mit Art.

64) Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Verfassung) v. 11.8.1919 (RGBl. S. 1383).

65) BGHZ v. 23.4.1953 (E 9, 289/290); v. 26.9.1957 (E 25, 232/239); Hamann GG Art. 34 Anm. B 7; Hans J. Wolff VR I § 64 I a, S. 439; Soergel-Glaser BGB § 839 Rdn. 21; Erman-Drees BGB § 839 Anm. 2 A c.

66) v. Mangoldt-Klein GG Art. 34 Anm. II 8; Jess BK Art. 34 Anm. II 1; Maunz Staatsrecht S. 289/290; E.R. Huber WiVR I S. 506; Bettermann GR III/2 S. 846 f..

67) v. Mangoldt-Klein GG II Art. 34 Anm. II 3; Hans J. Wolff VR I § 63 I b, S. 437 f.; Forsthoff VR S. 295/296; Bettermann DÖV 1954, 299.

34 GG nur schwer vereinbar ist. Diese Erkenntnis dürfte wohl auch die weiter oben erwähnte Schiedsmann-Entscheidung des BGH beeinflussen, in der bedauerlicherweise die entgegenstehende Notar-Entscheidung mit Stillschweigen übergangen wird. Der Hinweis des LG Münster, die Gleichstellung des Schiedsmannes mit dem Notar sei deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Notar das Amt im Gegensatz zum Schiedsmann "zum Erwerb" ausübe, überzeugt nicht und geht an der Problematik der Staatshaftung vorbei. Außerdem trifft dieser Gesichtspunkt auf alle im öffentlichen Dienst stehenden Personen zu und führt damit ad absurdum. Für den Betroffenen ist es ziemlich gleichgültig, wie der Amtswalter tätig wird. Entscheidend ist für ihn, daß der Staat unter voller Ausübung der Staatsgewalt sich den potentiellen Haftungsfolgen entzieht. Hier liegt das eigentliche Problem, das einen Haftungsbeschluß als einen Verstoß gegen die auch in Art. 34 GG zum Ausdruck gekommenen rechtsstaatlichen Prinzipien⁶⁸⁾ erscheinen läßt. Das verfassungsrechtliche Bekenntnis zum Rechtsstaat würde in absehbarer Zeit zu einer inhaltsleeren Floskel, sollte es dem Staat wirklich gestattet sein, sich durch schlichte organisationsrechtliche Maßnahmen seinen besonderen verfassungsrechtlichen Pflichten zu entziehen, indem er Privatrechtssubjekte an seiner Stelle haften läßt. Ein Haftungsausschluß für Beliehene kann daher jedenfalls mit Art. 34 GG nicht allein deshalb vereinbar sein, weil dieser für die Ausübung der ihm übertragenen Funktionen Gebühren erhält; vielmehr hat der Staat oder eine andere Beleihungskörperschaft in vollem Umfang nach Art. 34 GG für eventuelle Amtspflichtverletzungen auch der Beliehenen einzustehen, die für die Ausübung staatlicher Funktionen Gebühren beziehen. Der gesetzliche Haftungsausschluß nach § 19 I 4 BNotO steht m.E. daher mit Art. 34 GG nicht in Einklang.

V. Zulässigkeit der Stellvertretung

Die dargelegten Grundsätze für das Verhältnis des Beliehenen zu Dritten beanspruchen selbstverständlich auch dann Gültigkeit, wenn und soweit der Beliehene z u l ä s s i g e r w e i s e vertreten wird. In einigen Fällen ergibt sich die Zulässigkeit der Stellver-

68) Rentschler DÖV 1956, 207/208.

tretung aus der gesetzlichen Regelung selbst. So sind nach § 3 I DVO z. FG für jeden Beschaubezirk neben dem Beschauer zugleich auch ein Stellvertreter zu bestellen. Gleiches gilt kraft gesetzlicher Anordnung für jeden Schiedsmann (§ 11 I SchO). Ebenso ist für jeden Bezirksschornsteinfegermeister von Amts wegen ein Stellvertreter dann zu bestellen, wenn dieser voraussichtlich mehr als drei Monate dauernd abwesend oder verhindert ist (§ 32 II VOSch)⁶⁹⁾. "Auf Antrag" kann auch dem Notar nach § 39 I BNotO für die Zeit seiner Abwesenheit oder Verhinderung ein Vertreter bestellt werden, im Falle vorläufiger Amtsenthebung auch ohne Antrag (Abs. 2).

Die selbständige Ernennung oder Bestellung eines Vertreters durch den Beliehenen selbst ist nach § 32 I 1 VOSch zulässig. Danach kann der Bezirksschornsteinfegermeister im Falle vorübergehender Verhinderung einen anderen Schornsteinfegermeister mit seiner Vertretung beauftragen. Ebenso ist der Kapitän befugt, die Ausübung der Befugnisse, mit denen er beliehen ist, auf den Ersten Offizier des Deck- oder Maschinendienstes zu übertragen, wenn er nicht in der Lage ist, sie selbst auszuüben (§ 106 V SeemG)⁷⁰⁾. Ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist dagegen die Bestellung eines Vertreters für einen Beliehenen sowohl durch diesen selbst wie auch durch die zuständige Beleihungsbehörde unzulässig. Für die Verwaltungsbehörde folgt dies unmittelbar aus dem zur Notwendigkeit eines Gesetzesvorbehaltes Gesagte⁷¹⁾. Der Beliehene seinerseits ist nicht befähigt, Dritte zu beleihen, da ihm lediglich die Zuständigkeit zur Wahrnehmung spezifisch staatlicher Funktionen, nicht aber eine Verfügungsgewalt über diese eingeräumt worden ist. Ein Vertreter kann jedoch die Aufgaben und Befugnisse des vertretenen Beliehenen nicht wirksam ausüben, wenn er nicht selbst insoweit beliehen wird. Der zulässigerweise bestellte Vertreter muß daher stets auch für die Dauer der Stellvertretung Beliehener sein. Folglich müssen für ihn auch die für alle Beliehenen geltenden Grundsätze Anwendung finden⁷²⁾.

69) Vgl. Reuß DVBl. 1962, 471 ff.; Moelle-Siegert-Musielak, Schornsteinfegerhandwerk S. 130 ff.

70) Diese Regelung ist analog auf den Luftfahrzeugführer anzuwenden; Westerburg, Polizeigewalt S. 87.

71) Oben § 6 II, S. 151 ff.

72) Vgl. ausdrücklich in diesem Sinne § 11 III SchO und § 39 IV BNotO.

VI. Rechtsschutz des Dritten gegenüber dem Beliehenen

Im Zusammenhang der Untersuchung über das Rechtsverhältnis zwischen dem Beliehenen und privaten Dritten ist schließlich noch die Frage zu erörtern, welchen Rechtsschutz der Dritte gegenüber dem Beliehenen genießt. Insofern ergibt sich aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des Beliehenen und dem öffentlich-rechtlichen Charakter seiner Rechtsbeziehungen zu Dritten zwingend, daß für Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und Dritten der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist (§ 40 I VwGO). Die allgemeinen Verfahrensregeln finden ohne Besonderheiten Anwendung. Der Dritte kann mithin gegen eine Maßnahme des Beliehenen mit Verwaltungsaktscharakter Anfechtungsklage sowie gegen deren Ablehnung oder Unterlassung Verpflichtungsklage erheben (§ 42 I VwGO); ebenso ist die Feststellungsklage (§ 43 VwGO) und die allgemeine Leistungsklage möglich⁷³⁾. Vor der Erhebung einer Anfechtungsklage ist die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren nachzuprüfen (§ 68 I VwGO). Hält der Beliehene den Widerspruch für begründet, hilft er ihm selbst ab (§ 72 VwGO), andernfalls ergeht ein Widerspruchsbescheid durch die nächsthöhere Behörde (§ 73 I Ziff. 1 VwGO), d.i. die Beleihungs- oder die Aufsichtsbehörde. Der Beliehene entscheidet nicht gleich den Selbstverwaltungsbehörden in Selbstverwaltungsangelegenheiten selbst (§ 73 I Ziff. 3 VwGO). Denn diese Ausnahme beruht auf der Erwägung, daß andernfalls das im Rahmen der Gesetze verfassungsmäßig gewährleistete Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 II GG) in seinem Wesensgehalt tangiert würde. Das hat zur Folge, daß auch für Selbstverwaltungsbehörden in Auftragsangelegenheiten der Grundsatz des § 73 I Ziff. 1 VwGO gilt; insoweit nimmt der Beleihene eine mit diesen vergleichbare Rechtsstellung ein⁷⁴⁾.

72) Vgl. ausdrücklich in diesem Sinne § 11 III SchO und § 39 IV BNotO.

73) Hans J. Wolff § 104 V b, S. 368; Frantzen, Diss. S. 132 ff. E.R. Huber WiVR I S. 545; Brand, Diss. S. 101. - Für eine Klage aus Amtspflichtverletzung ist nach Art. 34 Satz 3 GG § 40 II 1 VwGO der ordentliche Rechtsweg gegeben.

74) Vgl. dazu Evermann-Fröhler VwGO § 73 Rdn.; Redeker-von Oertzen VwGO Rdn. 2; Schunck-de Clerck VwGO § 73 Anm. 2 d; Klinger VwGO § 73 Anm. A 1; Ule, Verwaltungsprozeßrecht S. 82. - Zum Widerspruchsverfahren bei Maßnahmen anerkannter Privatschulen vgl. Eiselt RWS 1962, 4 f..

Fraglich könnte allenfalls sein, ob der Beliehene selbst oder die nächsthöhere Behörde für die Verwaltungsklage passivlegitimiert ist. Nach § 78 I Ziff. 1 VwGO ist die Klage sowohl im Anfechtungs- wie im Verpflichtungsverfahren grundsätzlich gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft zu richten, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat; nur sofern das Landesrecht dies bestimmt, ist die Klage gegen die Behörde selbst zu richten (Ziff. 2). Einerseits wird nun, sofern dieses Problem überhaupt angesprochen wird, geltend gemacht, unter "Körperschaft" in diesem Sinne seien sämtliche Hoheitsträger neben Bund und Ländern zu verstehen, etwa öffentlich-rechtliche Anstalten oder Stiftungen und auch die Beliehenen⁷⁵⁾. Demgegenüber hat das VG Kassel entschieden, für die Klage gegen Entscheidungen einer anerkannten Privatschule sei nicht diese, sondern allein das Land passivlegitimiert; denn trotz der Übertragung staatlicher Aufgaben auf andere Rechtsträger bleibe der Staat gegenüber dem Bürger für die Rechtmäßigkeit der Handlungen der von ihm beliehenen Privatpersonen verantwortlich⁷⁶⁾. Im übrigen bestehe, meint Sofsky in seiner zustimmenden Anmerkung zu dieser Entscheidung, kein Grund, den Beliehenen auch im Hinblick auf die Passivlegitimation als Behörde anzusehen; richtiger Beklagter im Verwaltungsstreitverfahren sei die Stelle, die dem Privaten durch Beleihung die Befugnisse zum hoheitlichen Handeln übertragen habe⁷⁷⁾. Die Frage kann nur von einer Interpretation des § 73 I Ziff. 1 VwGO und der Rechtsstellung des Beliehenen her beantwortet werden. § 73 I Ziff. 1 VwGO stellt deutlich auf den Gegensatz Körperschaft - Behörde oder - genauer - den Gegensatz Hoheitsträger - Behörde ab. Insofern ist die Erwähnung von Bund und Land nur beispielhaft. Der rechtliche Träger der von einer Behörde wahrgenommenen Rechte und Pflichten ist nicht sie selbst, sondern eben jener Hoheitsträger, für den sie handelt, da der juristischen Person als solcher die Handlungsfähigkeit nicht eigen

75) Eyermann-Fröhler VwGO § 78 Rdn. 1; Redeker-von Oetzen VwGO § 78 Rdn. 1; Frantzen, Diss. S. 135; im Ergebnis wohl auch Hans J. Wollf VR II § 104 V b, S. 369; Ule VwGO Anm. zu § 78.

76) Urteil v. 21.9.1961 (RWS 1962, 246/247).

77) RWS 1962, 248.

ist. Wenn diese daher im Rechtsverkehr handelnd auftritt, so nur vermittelt ihrer Behörden, die ihrerseits aber durch die organ-schaftliche Eingliederung in den Hoheitsträger nach außen keine rechtliche Selbständigkeit erlangen. Da Zurechnungs-subjekt des behördlichen Handelns allein der Hoheitsträger ist, hat dies den in § 78 I Ziff. 1 VwGO zum Ausdruck gekommenen Grundsatz zur Folge, daß für eine verwaltungsrechtliche Klage nicht die Behörde, sondern der Hoheitsträger passivlegitimiert ist. Diese grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers für das Rechtsträgerprinzip gilt auch für den Beliehenen. Da dieser die ihm übertragenen Aufgaben nicht als Behörde eines anderen Hoheitsträgers wahrnimmt, sondern vielmehr selbst rechtlicher Träger dieser Angelegenheiten ist⁷⁸⁾, kann eine Verwaltungsklage nach § 78 I Ziff. 1 VwGO nur gegen ihn zu richten sein, und zwar unabhängig davon, ob er eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts ist.

78) Vgl. dazu insb. oben § 4, S. 127 ff.

Zusammenfassung und Schluß

1. Das Rechtsinstitut der Beleihung kann nicht von der "öffentlichen Aufgabe" her erklärt werden. Deren Wahrnehmung durch Private nur auf Grund einer im Ermessen des Staates stehenden Beleihung entspricht weder der Rechtswirklichkeit noch wäre sie mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) und dem Subsidiaritätsprinzip als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 I, 28 I GG) vereinbar. Gegenstand der Beleihung kann nur die Zuständigkeit zur Wahrnehmung hoheitlicher Kompetenzen sein. Sie ist von Natur aus allein dem Staat eingeräumt. Der Private bedarf zu der rechtlich relevanten Erfüllung hoheitlicher Kompetenzen des dazu erforderlichen, seine allgemeine Handlungsfähigkeit übersteigenden rechtlichen Könnens und Müssens. Da der Staat aber aus verfassungsrechtlichen Gründen die Funktionen der Gesetzgebung und der Rechtsprechung nicht auf andere als die für sie verfassungsmäßig vorgesehenen staatlichen Organe übertragen darf, kann sich die Beleihung nur auf die Einräumung der Zuständigkeit zur Wahrnehmung hoheitlicher Verwaltungskompetenzen erstrecken. Das führt zu folgendem Begriff des Beliehenen:

Beliehener ist eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts, der durch staatlichen Akt die besondere Rechtsmacht (Zuständigkeit) eingeräumt worden ist, bestimmte (einzelne) hoheitliche Verwaltungskompetenzen im eigenen Namen wahrzunehmen.

2. Das Rechtsinstitut der Beleihung ist von ähnlichen Rechtsinstituten zu unterscheiden. Es ist nicht identisch mit der Erlaubnis und der sog. echten Konzession, durch die dem Privatrechtssubjekt kein gesteigertes rechtliches Können, sondern nur ein rechtliches Dürfen verliehen wird. Ebensowenig kann die Beleihung mit der staatlichen Indienstnahme Privater oder dem staatlich gebundenen Beruf gleichgesetzt werden; diese sind lediglich durch eine erhöhte öffentlich-rechtliche Pflichtigkeit charakterisiert, ohne daß damit die Übertragung einer besonderen Rechtsmacht im Sinne einer Beleihung verbunden ist. Von dem Beamten unterscheidet sich der Beliehene durch die fehlende organisationsrechtliche Eingliederung in die Staatsorganisation, von der Selbstverwal-

tungskörperschaft durch seine privatrechtliche Rechtssubjektivität.

3. Die Stellung des Beliehenen in der Staatsorganisation ist sui generis. Weder Organ noch Organwalter noch auch Vertreter des Staates läßt sich der Beliehene als abhängiges Glied der staatlichen Organisation kennzeichnen, das in eigener rechtstechnischer Trägerschaft die ihm übertragenen staatlichen Funktionen ausübt.

4. Die Beleihung erfolgt entweder unmittelbar durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt, nicht durch Vertrag. Sie erlischt durch Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen oder sonstige Erlöschungsgründe wie z.B. die Erreichung einer bestimmten Altersgrenze des Beliehenen, Zeitablauf u.ä.. Die Beleihung kann auch durch behördliche Aufhebung des Beleihungsaktes enden. Eine Beendigung durch einseitigen Verzicht des Beliehenen ist nicht möglich.

5. Verfassungsrechtliche Schranken für die Beleihung ergeben sich zunächst aus Art. 33 IV GG; er begrenzt ihre Möglichkeit auf begründete Ausnahmen und ein quantitativ beschränktes Maß. Darüber hinaus kann eine Beleihung nur auf Grund eines formellen Gesetzes erfolgen; der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt verbietet eine selbständige Beleihung durch staatliche Verwaltungsbehörden. Schließlich ist es verfassungsrechtlich unabdingbar, daß der Beliehene einer ständigen Aufsicht und Kontrolle durch staatliche Organe unterliegt.

6. Es besteht kein Anspruch auf eine Beleihung, auch nicht nach Art. 12 I GG. Art. 12 I GG schützt als staatsgerichtetes Abwehrrecht einen bereits vorhandenen Freiheitsraum, er gewährt aber kein Leistungsrecht gegen den Staat. Ein Anspruch auf Beleihung besteht daher nur im Rahmen des Art. 33 II GG, der jedem die Möglichkeit gibt, sich um die Beleihung zu bewerben.

7. Die Zulässigkeit einer Zwangsbeleihung bemißt sich grundsätzlich nach Art. 12 II GG. Die mit der Beleihung verbundene Arbeit kann nicht als eine allgemeine, für alle gleiche öffentliche Dienstleistungspflicht anerkannt werden. Die zwangsweise Beleihung verstößt daher regelmäßig gegen Art. 12 II GG. Sofern dagegen mit der Beleihung die Auferlegung einer dem Beruf des Betroffenen inhären-

ten Arbeit verbunden ist, gilt Art. 12 I GG als Maßstab für ihre Verfassungsmäßigkeit. Da es sich in diesen Fällen um eine bloße Regelung der Berufsausübung handelt, ist eine solche Beleihung nach der Stufentheorie dann zulässig, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie als zweckmäßig erscheinen lassen. Für die Beleihung von Kapitänen, Luftfahrzeugführern und Börsenvorständen ist dies zu bejahen.

8. Im Falle des Widerrufs der Beleihung steht dem Betroffenen - mit Ausnahme des Notars sowie des Weinkontrolleurs - ein Anspruch auf eine Enteignungsentschädigung nicht zu. Die einem Privaten übertragene Staatsfunktion fällt zum einen nicht unter den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff, zum anderen kann sich der Private in seiner öffentlich-rechtlichen Eigenschaft deshalb nicht auf Art. 14 GG berufen, da es insoweit an einem Anspruchsgegenstand fehlt.

9. Im Falle einer gesetzlichen Zwangsbeleihung kann der Beliehene mit der Feststellungsklage (§ 43 VwGO) die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Beleihungsverhältnisses begehren oder aber Verfassungsbeschwerde erheben (§ 90 BVerfGG), sofern die Frist des § 93 II BVerfGG noch nicht verstrichen ist. Gegen eine administrative Beleihung kann sich der Betroffene nach erfolglosem Widerspruch mit der Anfechtungsklage (§ 42 VwGO) wenden. Problematisch ist der Rechtsschutz des Beliehenen gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde. Hier ist jeweils genau zu prüfen, ob sich eine solche Maßnahme an den Betroffenen im Rahmen seiner Weisungsunterworfenheit wendet, so daß sie als dienstliche Weisung nicht anfechtbar ist, oder ob sie den Beliehenen auch in seiner privatrechtlichen Rechtssphäre betrifft und sich dann als anfechtbarer Verwaltungsakt darstellt.

10. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beliehenen und Dritten ist ausschließlich öffentlich-rechtlich bestimmt. Der Beliehene ist Verwaltungsbehörde im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffes der VwGO; seine Maßnahmen sind daher als Verwaltungsakte zu qualifizieren.

11. Als Träger spezifisch staatlicher Verwaltungstätigkeit ist der Beliehene an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 III GG). Sein Handeln steht unter dem Gebot des Gesetzmäßigkeitsprinzips und

ist wie alle staatliche Gewalt an die Grundrechte gebunden (Art. 1 III GG).

12. Für schädigende Handlungen des Beliehenen gelten die allgemeinen Amtshaftungsgrundsätze nach § 839 BGB, Art. 34 GG.

13. Die für den Beliehenen entwickelten Grundsätze haben auch für Vertreter von Beliehenen volle Gültigkeit. Eine Stellvertretung ist indessen nur dann zulässig, wenn der Gesetzgeber sie selbst vorgesehen und eine Ernennung durch die Verwaltungsbehörde oder den Beliehenen selbst gestattet hat.

14. Für Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und Dritten ist der allgemeine Verwaltungsrechtsweg ohne Besonderheiten gegeben. Passivlegitimiert ist sowohl im Anfechtungsverfahren wie im Verpflichtungsverfahren der Beliehene selbst.

Lebenslauf

Am 3. Mai 1941 wurde ich als Sohn des Ingenieurs Rudolf Michaelis und seiner Ehefrau Ursula, geb. Pfotenhauer, in Brünn geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach Ablegung der Reifeprüfung im Juli 1961 an dem humanistischen Gymnasium in Nördlingen studierte ich vom Wintersemester 1961/62 an Rechtswissenschaft, und zwar vier Semester an der Universität München, zwei Semester an der Universität Paris und drei Semester an der Universität Münster. Am 22. Oktober 1966 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 2. November des gleichen Jahres zum Referendar ernannt. Seit dem 1. März 1967 bin ich ~~Assistent am~~ *wiss. Hilfskraft am* Institut für Wirtschaftsverwaltungsrecht der Universität Münster.

